Die Unterlassung...

Paul Eltzbacher

Digitized by Google

E

Ernst Landsberg.

1181

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

E

Ernst Landsberg.

1181

German

Digitized by [illegible]

E

Ernst Landsberg.

1181

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Land. 8.

Charlottenburg, Dernburgstrasse 1,
30/9/6.

Sehr verehrter Herr Professor!

Als ich im Mai in Köln Vorträge hielt und auch Ihre Frau Schwester kennen lernte, hatte ich sehr den Wunsch, mich Ihnen persönlich vorzustellen. Leider kam ich nicht dazu. Gestatten Sie mir nun, Ihnen wenigstens mein neuestes Buch als eine Art wissenschaftlicher Vorstellung zugehen zu lassen.

In ausgezeichneter Hochachtung
Ihr ganz ergebener

Eltzbacher.

Ger. 291

Digitized by Google



Digitized by Google

Land. d.

Die Unterlassungsklage.

Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes.

Von
Eltzbacher
Dr. Paul Eltzbacher,
Professor der Rechte an der Handelshochschule Berlin.



Berlin, 1906.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Ger. 991 E
Digitized by Google

For TX
E514u

JULY 15 - 1932

Digitized by Google

Johannes Conrad

in treuer Ergebenheit

gewidmet.

Digitized by Google

Vorwort.

Dieses Buch ist aus einem Vortrag herausgewachsen, den ich im Januar 1905 in der berliner juristischen Gesellschaft gehalten habe. Es hat viel mehr Zeit in Anspruch genommen als ich erwartete und die Arbeit an dem zweiten Bande meiner Handlungsfähigkeit mehr als mir lieb war zurückgedrängt. Man schreibt nicht was man will, sondern was man muß.

Ich bitte den Leser, sich nicht durch die Anmerkungen stören zu lassen: ohne Schaden für das Verständnis können sie alle ungelesen bleiben. Sie enthalten durchweg nur Litteraturangaben und sind nicht dazu da, den Text zu ergänzen, sondern seine Nachprüfung zu erleichtern.

Das Buch erörtert mancherlei Vorfragen, deren Behandlung man vielleicht nicht in ihm suchen würde. Wenigstens auf die Ausführungen über die Methode der Analogie (S. 90—96), über mittelbare Anerkennung von Privatrechten (S. 109—121), über Wesen und Arten des Rechtsschutzes (S. 217—223) und über das Anwendungsgebiet der Notwehr (S. 239—245) möchte ich an dieser Stelle hinweisen.

Ich benutze gern die Gelegenheit, der berliner juristischen Gesellschaft dafür zu danken, daß sie mir durch ihre ehrenvolle Aufforderung den Anlaß zu diesen Untersuchungen gegeben hat, die mir in ihrem Verlauf so viel Freude gemacht haben.

Digitized by Google

Inhalt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Problem der Unterlassungsklage.

Es ist eine merkwürdige Erscheinung, daß die Rechtswissenschaft, wo es sich um den Schutz des Einzelnen gegen Rechtsverletzung handelt, fast immer nur den Ausgleich der erfolgten Rechtsverletzung, fast nie die Verhütung der drohenden im Auge hat. Während die Medizin in neuerer Zeit mehr und mehr angefangen hat, neben der Therapie auch die Prophylaxe zu pflegen, steht in der Rechtswissenschaft, namentlich aber in der Wissenschaft des Privatrechts, immer noch im Verhältnis zum ausgleichenden Rechtsschutz der vorbeugende ungebührlich im Hintergrunde.

Das zeigt sich namentlich auch bei dem wichtigsten Mittel des Rechtsschutzes, der Klage, d. h. dem Anspruch des Berechtigten gegen den Staat auf ein ihm günstiges Urteil. Abgesehen von wenigen Ausnahmen ist überall, wo die Verletzung eines Privatrechts bereits erfolgt ist, zu deren Ausgleichung eine Klage gegeben, der Berechtigte kann verlangen, daß das Gericht die Handlungen gebietet, die zur Beseitigung der Verletzung erforderlich sind. Dagegen eine allgemeine vorbeugende Klage, die Privatrechten aller Art, solchen auf ein Tun wie auf ein Unterlassen, gegen drohende Verletzung Schutz verliehe und kraft deren der Berechtigte ein gerichtliches Verbot der Verletzung, vielleicht verstärkt durch eine Strafdrohung, verlangen könnte, ist unserer Rechtsordnung unbekannt[1].

Eine umfassendere vorbeugende Klage kennen unsere Rechtsquellen nur in Gestalt der Unterlassungsklage, zum Schutz der Ansprüche auf ein Unterlassen, mag dies übrigens ein sonstiges Unterlassen oder ein Dulden, die Unterlassung eines Widerstandes, sein. Aber auch diese Klage kommt in ihnen nur sehr unvoll-

1) Darüber, daß die §§ 257/259 ZPO. keine vorbeugende Klage begründen, siehe das zweite Kapitel.

Digitized by Google

kommen zur Erscheinung, und auch Rechtsprechung und Wissenschaft haben aus ihr bisher nicht das gemacht, was sie uns sein könnte, ein Schutzmittel ersten Ranges gegen drohendes Unrecht.

Unsere Rechtsquellen erkennen die Unterlassungsklage nicht allgemein an, sondern nur zum Schutze einzelner Rechte. Sie bestimmen, daß zum Schutz des Eigentums, des Besitzes, des Namenrechtes, des einem Gewerbetreibenden zustehenden Rechts an seinen Absatzbeziehungen, des dem Vermieter und dem Verpächter zustehenden Rechtes auf Unterlassung vertragswidrigen Gebrauchs und einiger anderer Rechte auf Unterlassung geklagt werden kann, aber von der Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungsklage sind sie weit entfernt. Wir stehen vor der Frage, ob wir uns mit diesen einzelnen Unterlassungsklagen begnügen müssen oder ob wir berechtigt sind, eine allgemeine Unterlassungsklage anzunehmen.

In Rechtsprechung und Wissenschaft finden wir zwei Hauptrichtungen. Auf der einen Seite bleibt man streng bei den vom Gesetz anerkannten einzelnen Unterlassungsklagen stehen. Man versagt den Schutz der Unterlassungsklage allen den Rechten, denen ihn das Gesetz nicht ausdrücklich gewährt. Man ist der Meinung, da das Gesetz die Unterlassungsklage nur in diesen bestimmten Fällen gewähre, könne auch das dringendste Bedürfnis die Rechtsprechung und Wissenschaft nicht berechtigen weiter zu gehen. Diese Ansicht ist eng, ihre Ergebnisse sind unerquicklich, aber sie hat festen Boden unter den Füßen.

Auf der anderen Seite ist man der Meinung, daß, ganz unabhängig von den Bestimmungen über einzelne Unterlassungsklagen, zum Schutz aller möglichen Rechte eine allgemeine Unterlassungsklage begründet sei. Aber man gibt für diese Meinung nur ganz unhaltbare Gründe und ist infolge der Unsicherheit der Grundlage auch völlig verschiedener Ansicht darüber, wie die behauptete allgemeine Unterlassungsklage im einzelnen beschaffen sein soll. So zeugt diese Meinung zwar von einem erfreulichen Gefühl für das was not tut, sie schwebt aber leider in der Luft.

Die folgenden Ausführungen möchten versuchen, die Fehler beider Richtungen zu vermeiden, ihr Gutes sich anzueignen und

Digitized by Google

auf dem festen Boden unserer Rechtsquellen eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen.

Alsbald tritt eine Fülle von neuen Fragen an uns heran. Wenn unsere Rechtsordnung eine allgemeine Unterlassungsklage enthält, so muß der Forscher wünschen, ihr geschichtliches Werden kennen zu lernen, der Praktiker muß bestrebt sein, über ihr Anwendungsgebiet, ihre Voraussetzungen und ihr Ziel vollkommene Klarheit zu erlangen, und beide müssen fragen, was für eine Stellung und Bedeutung ihr unter den anderen Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes zukommt.

Hier fehlt es gänzlich an Vorarbeiten. Zu einer Geschichte der Unterlassungsklage haben wir nicht die mindesten Ansätze. Man hat niemals daran gedacht, die einzelnen in älteren und neueren Rechtsquellen enthaltenen Unterlassungsklagen als Anwendungen ein und desselben Gedankens zu betrachten und das allmähliche Durchdringen dieses Gedankens zu verfolgen. Die einzelnen Unterlassungsklagen sind in den Gesetzen und in den Sammlungen der Gerichtsentscheidungen an den verschiedensten Stellen zerstreut, und es bedarf mühseligen Suchens, bis sich das Vereinzelte und für sich allein Unbedeutende zum reichen und bedeutsamen Ganzen zusammenschließt.

Anwendungsgebiet, Voraussetzungen und Ziel der Unterlassungsklage sind ebenfalls unerforscht. Die wenigen Gerichte und Schriftsteller, welche für eine allgemeine Unterlassungsklage eintreten, gehen in keiner Weise auf diese Fragen ein, ihre Ergebnisse würden überdies wegen der Unsicherheit ihrer Grundlage nicht verwertbar sein. Und doch müssen wir z. B. wissen, ob die Unterlassungsklage nur zum Schutz derjenigen Rechte gegeben ist, die in erster Linie, oder auch jener, die nur nebenher auf ein Unterlassen gehen, ob nur zum Schutz der Ansprüche auf ein reines Unterlassen oder auch der Ansprüche auf ein Dulden, ob sie auch im Falle des Versuches, der Anstiftung, der Beihilfe stattfindet, ob sie bei einer Rechtsverletzung in den Angelegenheiten eines anderen nur gegen den Verletzer selbst oder nur gegen den anderen oder gegen beide gegeben ist, ob sie sich nur auf Unter-

Digitized by Google

lassung der gleichen Verletzung oder auch anderer Verletzungen desselben Rechtes richtet.

Um endlich die Unterlassungsklage in das System des vorbeugenden Rechtsschutzes einzuordnen, fehlt uns schon die Grundlage. Man hat sich bisher so gut wie gar nicht um die Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes gekümmert, und sie nun gar so zusammenzufassen, daß sich erkennen ließe, inwieweit sie sich ergänzen und inwieweit sie Lücken lassen, ist niemandem eingefallen. Und doch muß es sich uns aufdrängen, daß die Befugnis zu Notwehr und Selbsthilfe, das Recht auf einen Arrestbefehl und auf eine einstweilige Verfügung, die Unterlassungsklage und zahlreiche enger begrenzte Rechtsbehelfe Mittel zur Befriedigung desselben Bedürfnisses sind.

Die folgende Untersuchung möchte den Versuch wagen, auf diese Fragen die Antwort zu finden. Sie möchte die geschichtliche Entwicklung verfolgen, die zu unserer heutigen Unterlassungsklage hingeführt hat und die ein Zeugnis dafür ist, wie sich das Bedürfnis des Lebens auch unerkannt im Recht durchzusetzen vermag. Sie möchte sodann das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage, ihre Voraussetzungen und ihr Ziel so genau bestimmen, daß dem Richter bei ihrer Anwendung keine wesentlichen Schwierigkeiten mehr entgegentreten können. Sie möchte endlich die sämtlichen Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes zum System zusammenfassen und ermitteln, was für eine Stellung die Unterlassungsklage in diesem System einnimmt und wann man also zu ihr, wann lieber zu einem anderen Schutzmittel greifen soll.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Geschichte der Unterlassungsklage.

1.

Eine rechtsgeschichtliche Entwicklung wird dann stets unseres lebhaften Anteils sicher sein, wenn sie uns zeigt, wie die rechtschaffenden Gewalten auf irgend einem Gebiet im Laufe der Zeiten wechselnde Ziele verfolgt und hierbei unter dem Einfluß der großen Grundströmungen ihrer Zeit gestanden haben. Hier ist die Rechtsgeschichte ein Abbild der Menschheitsgeschichte im kleinen, in ihr spiegeln sich die Gedanken wieder, die die verschiedenen Lebensabschnitte der Menschheit bewegt haben. Solche Entwicklungen sehen wir z. B., wenn wir darauf blicken, wie die aufeinander folgenden Rechtsordnungen das Verhältnis des Arbeiters zum Arbeitgeber geregelt, was für Formen sie dem Streben der Menschen nach genossenschaftlichem Zusammenschluß dargeboten, welche Machtmittel sie dem Gläubiger gegen den Schuldner in die Hand gegeben haben.

Eine rechtsgeschichtliche Entwicklung kann uns aber auch auf andere Art bedeutsam sein. Sie kann uns zeigen, wie man im Laufe eines langen Zeitabschnitts ein und demselben Ziele nachgestrebt und dieses Ziel und die besten Mittel zu seiner Erreichung immer klarer erkannt oder auch fruchtlos darum gerungen hat. Hier tritt der Zusammenhang der Rechtsgeschichte mit der Menschheitsgeschichte in den Hintergrund und wir folgen der Entwicklung nicht mit ethischem, sondern mit rein technischem Interesse. Wir können hier nicht das erhebende Schauspiel genießen, wie die rechtschaffenden Gewalten ihre Zwecke mehr und mehr veredelt, sondern höchstens den befriedigenden Anblick, wie sie zu einem bestimmten

Digitized by Google

Zweck immer vollkommenere Mittel gefunden haben. Von dieser Art ist die Geschichte der Unterlassungsklage.

Die Wurzeln unserer heutigen Unterlassungsklage liegen im römischen Recht.

Das corpus iuris civilis enthält eine Reihe von Aktionen, die neben der Beseitigung der erfolgten Verletzung eines Privatrechts auch die Unterlassung künftigen verletzenden Tuns zum Ziele hatten. Hierher gehört nicht nur die actio negatoria, sondern auch die actio negatoria utilis, die actio confessoria, die actio confessoria utilis, die negatorische und die konfessorische actio Publiciana und die actio ad exhibendum. Ebenso die Aktionen auf Grund prohibitorischer interdicta privata: die Aktionen auf Grund prohibitorischer interdicta popularia, z. B. des interdictum ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit (l. 1 pr. D. 43. 13), des interdictum ne quid in via publica fiat (l. 2 § 20 D. 43. 8), des interdictum ne quid in loco sacro fiat (l. 1 pr. D. 43. 6), waren Schutzmittel öffentlicher Rechte.

Die Verschiedenheit, die zwischen den zuerst genannten Aktionen und den Aktionen auf Grund prohibitorischer interdicta privata im älteren Recht bestanden hatte, ist im corpus iuris civilis völlig ausgeglichen. Im älteren römischen Recht hatte man auf Grund der in den Edikten der Magistrate enthaltenen prohibitorischen Interdikte nicht ohne weiteres eine actio gehabt, man war genötigt gewesen, sie durch ein sehr umständliches Verfahren zu erlangen. Wenn z. B. das Edikt des praetor urbanus zur Gewährleistung des Besitzes der Wegegerechtigkeiten erklärte „Quo itinere actuque quo de agitur hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto“[1], so lag in der Aufstellung eines solchen Interdikts (interdictum propositum) keine allgemeine, für jedermann verbindliche Vorschrift, sondern die bloße Verheißung besonderer Vorschriften für den Einzelfall. Die Erklärung des Prätors verbot nicht die Störung, sondern

---

1) l. 1 pr. D. 43. 19, Lenel Edictum perpetuum S. 383/384.

Digitized by Google

bedeutete nur, daß er bereit war sie gegebenenfalls zu verbieten. Der bedrohte Besitzer mußte daher immer zunächst ein die Störung untersagendes Einzelverbot des Prätors (interdictum redditum) erwirken. War diesem Verbot seiner Meinung nach zuwidergehandelt, so mußte er sich von dem angeblichen Störer für den Fall der erfolgten Störung eine Straffumme versprechen lassen, welches Versprechen er nötigenfalls erzwingen konnte, und ihm für den entgegengesetzten Fall seinerseits die gleiche Straffumme versprechen (sponsio und restipulatio). Auf Grund des empfangenen Versprechens hatte er dann eine actio auf Zahlung der Straffumme (condictio certae pecuniae), die Entscheidung über diese actio war, da ja die Straffumme nur für den Fall der Störung versprochen war, zugleich eine Entscheidung über die behauptete Störung. Erst im Anschluß hieran und also nur auf einem Umwege hatte er eine actio auf Beseitigung des störenden Zustandes und auf Sicherheit für die Unterlassung weiterer Störung: der iudex war angewiesen, „si Aulus Agerius sponsione vicerit", auch in der Sache selbst zu seinen Gunsten zu erkennen (iudicium secutorium). Ganz ebenso war es bei den anderen Interdikten, ja bei einigen fand ein noch umständlicheres Verfahren statt. Seit dem vierten Jahrhundert nach Christus waren diese ganzen Weitläuftigkeiten nicht mehr erforderlich. Die interdicta proposita waren für jedermann verbindliche Vorschriften geworden, an deren Verletzung unmittelbar eine actio angeknüpft war. Das interdictum de itinere actuque privato z. B. verbot jetzt allgemein die Störung des Besitzes einer Grunddienstbarkeit, und die Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot begründete ohne weiteres eine actio auf Beseitigung des störenden Zustandes und auf Sicherheit für die Unterlassung künftiger Störung[1].

Andere auf Unterlassung gerichtete Aktionen finden sich im corpus iuris nicht. Jhering[2] hat behauptet, nach römischem Recht

1) Über diese Entwicklung siehe § 8 I. 4. 15, Bruns Recht des Besitzes S. 51/53, Schmidt Interdiktenverfahren S. 328/330, Bruns Besitzklagen S. 41/59, Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 405/490, Pflüger Besitzklagen S. 338/344. Die Begründung der hier gegebenen Darstellung würde völlig aus dem Rahmen dieser Arbeit hinausfallen, sie muß an anderer Stelle gegeben werden.

2) Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 23 S. 267. Gegen ihn ohne Gründe Windscheid Pand. Bd. 2 (8) § 472 Note 7a.

Digitized by Google

seien die Aktionen aus unerlaubten Handlungen, namentlich auch die actio iniuriarum, auf Unterlassung künftiger Verletzung gegangen, aber wir haben hierfür keine Anhaltspunkte. Ihering stützt sich nur auf l. 27 § 14 D. 9. 2 (Ulpianus), die von einer die actio legis Aquiliae ersetzenden actio in factum handelt: er meint, hier sei die Verpflichtung des Beklagten ausgesprochen, für jede künftige Zuwiderhandlung eine Strafsumme zu versprechen. Aber das ist ein Mißverständnis. L. 27 § 14 D. 9. 2 lautet: „Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit". Also: wenn jemand die Saat auf einem fremden Grundstück durch Ausstreuen von Unkrautsamen verdorben hat, so ist zwar nicht die actio legis Aquiliae, aber doch eine entsprechende actio in factum gegen ihn begründet, diese actio in factum steht nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Pächter des Grundstücks zu, wenn aber der Pächter klagt, so muß er dem Beklagten dafür gutsagen, daß der Eigentümer nicht ebenfalls Klage erhebt. Die Stelle handelt also gar nicht von einem cavere des Beklagten, sondern von einem solchen des Klägers und vermag daher nicht die Ansicht zu begründen, daß nach römischem Recht die Aktionen aus unerlaubten Handlungen auch auf das Versprechen einer Strafsumme für den Fall künftiger Verletzung, d. h. auf Unterlassung, gerichtet gewesen seien.

Die auf Unterlassung gerichteten Aktionen des römischen Rechts schützten die verschiedensten Rechte.

Das Eigentum war gegen künftige Eingriffe durch die actio negatoria geschützt. L. 12 D. 8. 5. (Iavolenus) besagt: „Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissum habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat." Ähnlich äußern sich l. 7 D. 8. 5 (Paulus) und l. 5 § 6 D. 7. 6 (Ulpianus).

Digitized by Google

Der Schutz der actio negatoria richtete sich, abgesehen von der Entziehung der tatsächlichen Gewalt, gegen welche die rei vindicatio schützte, gegen Eigentumsverletzungen jeder Art, nicht nur gegen solche, die sich auf eine behauptete Dienstbarkeit gründeten oder gründen konnten[1]. Manche glauben allerdings, die actio negatoria sei nach römischem Recht nur gegenüber der Anmaßung einer Dienstbarkeit möglich gewesen[2] oder doch wenigstens nur gegenüber einem Handeln, als dessen Grundlage eine Dienstbarkeit des Handelnden möglich war[3]. Diese Meinung beruht auf solchen Äußerungen des corpus iuris wie l. 2 pr. D. 8. 5 (Ulpianus): „De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat", ähnlich § 2 I. 4. 6, l. 4 § 7 D. 8. 5. Aber diese Äußerungen beziehen sich nur auf den Haupt- und Ausgangsfall der actio negatoria und bedeuten keineswegs, daß dies nun auch ihr einziger Fall sei. Man kann doch nicht annehmen, daß das entwickelte römische Recht gegenüber den zahlreichen Eingriffen, bei denen sich der Verletzer weder auf eine Dienstbarkeit stützte noch auch nur stützen konnte, dem Eigentümer auf Grund seines Eigentums gar keine Klage gegeben hätte, und so gewährt denn auch das corpus iuris die actio negatoria bei Eingriffen, bei denen eine Dienstbarkeit weder behauptet wird noch auch nur denkbar ist.

Hier kommen nun freilich nicht[4] l. 11 und l. 14 § 1 D. 8. 5 in Betracht, nach denen ein Miteigentümer wegen der Übergriffe des anderen gegen diesen klagen kann, obwohl es Dienstbarkeiten zugunsten eines Miteigentümers nicht giebt. Denn in diesen Stellen ist wahrscheinlich, ungeachtet der Titelüberschrift, nicht die actio

---

1) Ebenso Heise Gem.ZivR. (3) S. 42, Vangerow Pand. Bd. 1 (7) S. 768/769, Holzschuher Gem.ZivR. Bd. 2 (3) S. 307, Puchta im Rhein. Mus. Bd. 1 S. 166/167, A. C. J. Schmid Gem.d.bgl.R. Bd. 1 S. 370/371, Windscheid Pand. Bd. 1 (8) § 198 Note 8.

2) So Dernburg Pand. Bd. 1 (7) § 256 Note 4.

3) So Fritz Erläuterungen Bd. 1 S. 365/367, Schmidt in der Ztschr. f. geschichtl. RWiss. Bd. 15 S. 170/175, Brinz Pand. Bd. 1 (2) S. 665, Bethmann-Hollweg Röm. ZivProz. Bd. 2 S. 255, Eck Doppelseitige Klagen S. 22.

4) Dies glauben Heise Gem. ZivR. (3) S. 42, Vangerow Pand. Bd. 1 (7) S. 768/769, Holzschuher Gem. ZivR. Bd. 2 (3) S. 307, Puchta im Rhein. Mus. Bd. 1 S. 166/167, A. C. J. Schmid Gem. d. bgl. R. Bd. 1 S. 370/371.

Digitized by Google

negatoria gemeint, sondern die actio communi dividundo, die gerade für die hier behandelten Fälle in l. 26 D. 8. 2, l. 3 § 1, 2 D. 39. 1, l. 4 D. 33. 3 ausdrücklich gewährt wird. Dagegen wird die Ansicht, daß die actio negatoria nach römischem Recht nur gegenüber der Anmaßung einer Dienstbarkeit möglich gewesen sei, widerlegt durch l. 13 D. 8. 5 (Proculus): jemand hat Wasserleitungsröhren über eine öffentliche Straße geführt, die Röhren sind geplatzt, und das Wasser ergießt sich gegen die Mauer eines Nachbarn; hier gewährt das Gesetz die actio negatoria, obwohl gar kein vorsätzliches Handeln, folglich auch nicht die Anmaßung einer Dienstbarkeit vorliegt. Die Ansicht aber, daß die actio negatoria nur gegenüber einem Handeln stattgefunden habe, als dessen Grundlage wenigstens eine Dienstbarkeit des Handelnden gedacht werden konnte, findet ihre Widerlegung durch l. 8 § 5 D. 8. 5 (Ulpianus): jemand hat von der Stadt Minturnä eine Käserei gepachtet und belästigt einen Nachbar durch den Rauch; das Gesetz gibt dem Nachbar jenem Pächter gegenüber die actio negatoria, von einer Dienstbarkeit könnte aber nur auf seiten der Stadt Minturnä, nicht auf seiten ihres Pächters die Rede sein.

Superfizies, Emphyteusis und Pfandrecht waren nach römischem Recht gegen künftige Eingriffe durch eine actio negatoria utilis geschützt. Für die Superfizies ist dies ausgesprochen in l. 3 § 3 D. 39. 1. Für die Emphyteusis und das Pfandrecht müssen wir es aus l. 16 D. 8. 1, l. 9 D. 39. 1 schließen, die dem Emphyteuta und dem Pfandgläubiger wegen der mit dem Grundstück verbundenen Dienstbarkeiten die actio confessoria utilis geben: wenn das Gesetz den Emphyteuta und den Pfandgläubiger gegenüber dem Eingriff in eine mit dem Grundstück verbundene Dienstbarkeit gleich dem Eigentümer schützen wollte, so gewiß auch gegenüber der Einwirkung auf das Grundstück selbst[1].

Die Dienstbarkeiten genossen gleichfalls Schutz gegen künftige Eingriffe. Ihn gewährte dem persönlich Berechtigten bei

1) Ebenso Sohm Inst. (12) § 70, Girard Droit romain (3) S. 383 Note 7, Windscheid Pand. Bd. 1 § 219 Note 11, Bd. 2 § 466 Note 4, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 250 Note 6, Jhering Abhandlungen S. 124/125, Vangerow Pand. Bd. 1 (7) S. 886. Dagegen mit ungenügender Begründung Stölzel Operis novi nuntiatio S. 55/57.

Digitized by Google

den persönlichen Dienstbarkeiten, dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks bei den Grunddienstbarkeiten die actio confessoria. l. 5 § 6 D. 7. 6 (Ulpianus) sagt: „Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. quid ergo officium erit iudicis quam hoc ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur?". In demselben Sinne äußert sich zugunsten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks bei einer Grunddienstbarkeit l. 7 D. 8. 5. Den Superfiziar und Emphyteuta des herrschenden Grundstücks und den daran Pfandberechtigten schützte in der gleichen Weise die actio confessoria utilis: l. 3 § 3 D. 39. 1, l. 16 D. 8. 1, l. 9 D. 39. 1.

Gleich diesen Rechten selbst war auch schon die durch ihren redlichen Erwerb erlangte Stellung gegen künftige Beeinträchtigung geschützt: actio Publiciana. Daß der redliche Erwerber des Eigentums, der Superfizies und der Emphyteusis die actio Publiciana hatte, ist uns ausdrücklich überliefert: § 4 I. 4. 6, l. 12 § 2, 3 D. 6. 2, wir dürfen aber annehmen, daß sie auch dem zustand, der ein Pfandrecht oder eine Dienstbarkeit redlich erworben hatte[1]. Allerdings ist uns nur die vindikatorische, nicht auch die negatorische und die konfessorische Seite der actio Publiciana bezeugt, aber wir haben keinen Grund für die Annahme, daß die Rechtsordnung, die den redlichen Erwerber eines Rechtes schützen wollte, auf halbem Wege stehen geblieben wäre und z. B. dem redlichen Erwerber des Eigentums an einem Grundstück nur gegen völlige Entziehung, nicht aber auch gegen einzelne Eingriffe in den Genuß des Grundstückes und der mit ihm verbundenen Dienstbarkeiten Schutz gewährt hätte[2].

1) Ebenso Ihering Abhandlungen S. 143/145.

2) So die allgemeine Meinung. Hinsichtlich der negatorischen Seite der actio Publiciana siehe Girard Droit romain (3) S. 351, Puchta im Rhein. Mus. Bd. 1 S. 182/183, Pand. (12) § 173 zu Note k, Ihering Abhandlungen S. 107/108, Pernice Commentationes duae S. 198/200, Witte in der Zeitschr. f. ZivR. u. Proz. neue Folge Bd. 14 S. 157/164, Vangerow Pand. Bd. 1 (7) S. 776, Sintenis Gem. ZivR. Bd. 1 (3) S. 538/539, Windscheid Pand. Bd. 1 (8) § 199 zu Note 3, Huschke Recht der publiz. Klage S. 43. Hinsichtlich ihrer

Digitized by Google

Das Recht zur Benutzung der dem Privateigentum entzogenen Sachen (res extra commercium) war gegen künftige Beeinträchtigung geschützt durch Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte. Hierher gehört das interdictum ne quid in loco publico fiat (l. 2 pr. D. 43. 8), über dessen Verletzung l. 2 § 18 D. 43. 8 (Ulpianus) sagt: „Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda". In gleicher Weise die interdicta ut via publica ire agere liceat (l. 2 § 45 D. 43. 8), de via publica et itinere publico reficiendo (l. 1 pr. D. 43. 11), ut in flumine publico navigare liceat (l. 1 pr. D. 43. 14), de ripa munienda (l. un. pr. D. 43. 15), de mortuo inferendo (l. 1 pr. D. 11. 8), de sepulcro aedificando (l. 1 § 5 D. 11. 8).

Der Sachbesitz war gegen künftige Eingriffe geschützt durch die Aktionen auf Grund des interdictum uti possidetis (l. 1 pr. D. 43. 17) und des interdictum utrubi (l. un. D. 43. 31, § 4a I. 4. 15).

Die beschränkten Besitzrechte (quasi possessio) fanden gleichfalls Schutz gegen künftige Verletzung durch Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte. Für den Besitz der Superfizies kommt hier in Betracht das interdictum de superficiebus (l. 1 pr. D. 43. 18), für den Besitz des Nießbrauchs das interdictum uti possidetis utile (fr. Vat. 90, l. 27 D. 39. 5, l. 4 D. 43. 17), für den Besitz der Grunddienstbarkeiten die interdicta de itinere actuque privato (l. 1 D. 43. 19), de itinere actuque privato reficiendo (l. 3 § 11 D. 43. 19), de aqua cottidiana (l. 1 pr. D. 43. 20), de aqua aestiva (l. 1 § 29 D. 43. 20), de aqua ex castello ducenda (l. 1 § 38 D. 43. 20), de rivis (l. 1 pr. D. 43. 21), de fonte (l. 1 pr. D. 43. 22), de fonte reficiendo (l. 1 § 6 D. 43. 22), de cloacis (l. 1 pr. D. 43. 23).

Die verschiedenen binglichen Rechte, zu deren Gunsten eine operis novi nuntiatio möglich war, genossen außerdem noch einen gemeinsamen Schutz gegen künftige Eingriffe durch die actio auf Grund des interdictum de remissionibus (l. 1 pr. D. 43. 25)

---

konfessorischen Seite siehe Girard Droit romain (3) S. 377/378, Pernice Commentationes duae S. 198/200, Windscheid Pand. Bd 1 (8) § 217 Note 9, Jhering Abhandlungen S. 107/108, 143/145, Hasse im Rhein. Mus. Bd. 1 S. 116/117, Witte in der Ztschr. f. ZivR. u. Proz. neue Folge Bd. 14 S. 158/165, Huschke Recht der publiz. Klage S. 41/42.

Digitized by Google

und ebenso die verschiedenen dinglichen Rechte, die durch eine operis novi nuntiatio beeinträchtigt werden konnten, durch die actio auf Grund des interdictum ne vis fiat aedificanti (l. 20 § 9 D. 39. 1).

Auch zwei Rechte an unkörperlichen Gütern waren gegen künftige Beeinträchtigung durch Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte geschützt, nämlich die väterliche Gewalt: interdictum de liberis ducendis (l. 3 pr. D. 43. 30) und die Stellung des Mannes zur Frau: interdictum de uxore ducenda (l. 2 D. 43. 30).

Endlich genossen auch einige Forderungsrechte Schutz gegen künftige Verletzung, sie gingen alle auf Duldung des Betretens eines Grundstücks, in der Regel zum Zweck der Wegnahme beweglicher Sachen. Hier kommt namentlich in Betracht die actio ad exhibendum. In l. 5 § 3 D. 10. 4 (Ulpianus) heißt es: „Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas: ceterum alias non posse“, und ebenso äußern sich l. 5 § 4, 5 D. 10. 4, l. 25 D. 19. 1. Ferner aber auch die Aktionen auf Grund der prohibitorischen interdicta de arboribus caedendis (l. 1 pr., § 7 D. 43. 27), de glande legenda (l. un. pr. D. 43. 28), de thesauro (l. 15 D. 10. 4) und de migrando (l. 1 pr. D. 43. 32).

Alle diese Aktionen des römischen Rechts hatten, insoweit sie auf Unterlassung gingen, zur Voraussetzung, daß die Verletzung eines Privatrechts stattgefunden hatte und ein weiteres verletzendes Tun zu befürchten war. Z. B. jemand war über ein einem anderen gehöriges Grundstück gefahren, und es war anzunehmen, daß er es auch ferner tun würde, oder der Vermieter hinderte den Mieter dauernd am Wegschaffen seiner Sachen.

Das corpus iuris läßt uns dies allerdings nicht mit besonderer Deutlichkeit erkennen, es berührt ja die auf Unterlassung gerichtete Seite der verschiedenen Aktionen überhaupt nur ganz ausnahmsweise. Eine einigermaßen sichere Äußerung haben wir nur für die actio ad exhibendum. L. 25 D. 19. 1 (Iulianus) sagt, daß sie begründet sei, wenn der Erwerber einer Weinernte „lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur“ oder wenn sonst jemand „quamlibet rem suam tollere prohibeatur“: dies kann nur bedeuten,

Digitized by Google

daß ein Verhindern bereits erfolgt sein und ein weiteres Verhindern in Aussicht stehen mußte. Wir werden aber für die actio negatoria und die actio negatoria utilis, die actio confessoria und die actio confessoria utilis, die negatorische und die konfessorische actio Publiciana sowie die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte das gleiche anzunehmen haben. Denn wenn wir erwägen, daß alle diese Aktionen in erster Linie auf Beseitigung einer geschehenen Verletzung und nur nebenher auf Unterlassung künftiger Verletzung gingen, so gelangen wir zu dem Schlusse, daß sie nur beim Vorliegen einer Verletzung möglich waren[1]. Und bedenken wir, daß eine Verurteilung zu einem Unterlassen nur beim Drohen des entgegengesetzten Tuns einen Sinn hat, so müssen wir uns weiter sagen, daß sie die besondere Richtung auf Unterlassung nur haben konnten, wenn ein ferneres verletzendes Tun zu befürchten war.

Ist das auch für die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte richtig? Ubbelohde meint, diese Aktionen hätten keine vorausgegangene Rechtsverletzung, sondern nur die Gefahr einer künftigen Rechtsverletzung vorausgesetzt[2]. Er stellt seine Behauptung allerdings nicht für das ältere römische Recht auf und stützt sie deshalb auch nicht auf l. 2 § 18 D. 43. 8 (Ulpianus), obwohl diese Stelle die actio aus dem interdictum ne quid in loco publico fiat auch in dem Falle gewährt, daß „adhuc nullum opus factum fuerit". Denn nach dem älteren römischen Recht konnte ja der Beklagte auf Grund eines prohibitorischen Interdikts in der Sache selbst nur verurteilt werden, wenn er vorher zur Zahlung des Betrages verurteilt worden war, den er für den Fall eines Verstoßes gegen das interdictum redditum versprochen hatte, nur für den Fall „si Aulus Agerius sponsione vicerit" war der iudex angewiesen, auch im iudicium secutorium zu seinen Gunsten zu erkennen: die Verurteilung des Beklagten im iudicium secutorium hatte daher einen Ver-

1) So z. B. für die actio negatoria Puchta Inst. Bd. 2 (9) § 232 a. E., Sohm Inst. (12) § 65, Windscheid Pand. Bd. 1 (8) § 198 zu Note 2; für die actio confessoria Puchta Inst. Bd. 2 (9) § 256 zu Note a, Sohm Inst. (12) § 69, Windscheid Pand. Bd. 1 (8) § 217 zu Note 1; für die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte Schmidt Interdiktenverfahren S. 328.

2) Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 465/467. Ebenso Eck Vorträge Bd. 2 S. 42/43.

Digitized by Google

stoß gegen das interdictum redditum zur Voraussetzung[1]. Ein solcher Verstoß muß also auch im Falle der l. 2 § 18 D. 43. 8 vorliegen, da ohne ihn ja der iudex in dem Verfahren über die Sponsionen und folglich auch im iudicium secutorium überhaupt zu keiner Verurteilung des Beklagten hätte gelangen können: er wird vermutlich in dem Versuch, ein opus zu errichten, bestanden haben, dieser Versuch rechtfertigte die Kondiktion der Sponsionssumme und im Anschluß daran die actio auf Sicherheit für die Unterlassung künftiger Störung[2].

Daß auf Grund von prohibitorischen Interdikten eine actio auf Unterlassung auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung möglich gewesen sei, behauptet Ubbelohde vielmehr nur für das spätere römische Recht. Er gründet seine Behauptung auf die von Bruns aufgestellte, von ihm selbst übernommene Lehre, die actiones ex causa interdicti des spätrömischen Rechts seien nicht an die Stelle der alten durch Zuwiderhandlung bedingten Aktionen aus dem interdictum redditum getreten, sondern an die Stelle des alten Antrags auf das interdictum redditum, der durch keinerlei vorausgegangene Rechtsverletzung bedingt war[3]. Hauptstütze dieser Ansicht, der die ganze Geschichte des Interdiktenverfahrens entgegensteht[4], ist eine sprachliche Erwägung.

Die wichtigste Quelle unserer Kenntnis von der Umgestaltung des Interdiktenverfahrens im spätrömischen Recht ist nämlich § 8 I. 4. 15: „De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis atque si utilis actio ex, causa interdicti reddita fuisset". Diese Stelle hatte man früher immer so aufgefaßt: im Verfahren extra ordinem ist das interdictum propositum aus der Verheißung eines magistratischen Gebotes für den Einzelfall ein unmittelbar jedermann verbindendes gesetzliches Gebot geworden, die Zuwiderhandlung gegen dies gesetzliche Gebot hat jetzt dieselbe Wirkung wie früher die Zuwiderhandlung gegen das inter-

1) Siehe oben S. 7.

2) Ebenso Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 260/263.

3) Bruns Besitzklagen S. 53/54, Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 464 465.

4) Siehe oben S. 6/7.

Digitized by Google

dictum redditum des Magistrats, es ist eine utilis actio ex causa interdicti propositi gegeben. Nach Bruns und Ubbelohde ist diese Auslegung unrichtig: „ex causa interdicti“ bedeute nicht „auf Grund des Interdikts“, sondern „aus dem Grunde des Interdikts“, die Stelle besage daher, daß man in solchen Fällen, wo man früher Grund zu dem Antrage auf Erlaß des interdictum redditum gehabt habe, nunmehr kein solches mehr zu fordern brauche, sondern unmittelbar eine actio habe.

Um die Frage zu entscheiden, muß man sich nach Stellen umsehen, in denen ebenfalls die Wendung „ex causa“ mit folgendem Genetiv vorkommt, und an solchen Stellen ist kein Mangel. L. 15 D. 40. 5 (Modestinus) sagt: Is qui ex causa fideicommissi manumissurus est nullo modo deteriorem eius servi condicionem facere potest“. L. 36 pr. D. 40. 5 (Maecianus): „(Rubriano) senatus consulto non continetur alius quis quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem“. L. 29 § 1 D. 4. 4 (Modestinus): „ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat.“ Hier überall zeigt sich deutlich: das den Worten „ex causa“ folgende im Genetiv stehende Wort bezeichnet nicht die Wirkung der causa, sondern die causa selbst. Wie „ex causa fideicommissi“ „auf Grund des Fideikommisses“, „ex causa curationis“ „auf Grund der Vormundschaft“ heißt, so bedeutet auch „ex causa interdicti“ „auf Grund des Interdikts“. Die Auslegung von Bruns und Ubbelohde läßt sich nicht halten, und wir müssen annehmen, daß die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte gleich den anderen auf Unterlassung gerichteten Aktionen stets eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung gehabt haben.

Das Ziel aller dieser Aktionen war, neben der Beseitigung der geschehenen Rechtsverletzung, daß das Gericht den Beklagten, wenn dieser nicht cautio de non amplius turbando leistete, d. h. dem Kläger für den Fall künftiger Verletzung eine gerichtlich bestimmte Strafsumme versprach[1], zur Zahlung einer Geldsumme,

1) Die cautio de non amplius turbando war keine Sicherheitsleistung, sondern ein bloßes Versprechen; siehe Schmidt Interdikte S. 329, Pfersche Interdikte S. 111, Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 267, 467.

Digitized by Google

der vom Kläger durch Eid bestimmten litis aestimatio, verurteilte[1]. Sie gingen also unmittelbar nur auf die Zahlung einer Geldsumme. Aber da die Verurteilung zu deren Zahlung dadurch bedingt war, daß der Beklagte das vom Gericht geforderte Versprechen einer Strafsumme für den Fall künftiger Verletzung verweigerte, zielten sie mittelbar doch auf Leistung dieses Versprechens, und da die Strafsumme nur für den Fall künftiger Verletzung zu versprechen war, in letzter Linie auf Unterlassung der Verletzung. Das römische Recht hatte keine geradezu auf ein Unterlassungsgebot gerichtete Aktionen, sondern nur solche, die auf einem großen Umwege die Unterlassung herbeizuführen bestimmt waren.

Dieser Umweg war indessen doch nicht so wunderlich, wie er auf den ersten Blick scheinen könnte. Denn das römische Recht hatte noch kein Mittel der Zwangsvollstreckung, um die Befolgung eines Urteils durchzusetzen, das eine Unterlassung oder die Leistung eines Versprechens gebot: wäre ein solches Urteil ergangen, so wäre es für den Kläger ohne jeden Wert gewesen. Der Kläger konnte sich daher gar nichts Besseres wünschen, als daß das Gericht vor Abschluß der Verhandlung vom Beklagten das Versprechen einer Strafsumme für den Fall künftiger Verletzung forderte, wobei dieser wußte, daß er bei Nichtleistung des Versprechens zur Zahlung einer vielleicht erheblichen Geldsumme verurteilt werden würde. Auf diese Art erlangte der Kläger in der Regel ohne Urteil, was er auf Grund des Urteils niemals hätte erlangen können: das Versprechen der Strafsumme für den Fall der Verletzung und infolgedessen die Unterlassung der Verletzung.

Bezeugt ist uns dieses Ziel für die actio negatoria und die actio confessoria. Nach l. 7 D. 8. 5 (Paulus) soll bei der actio negatoria aus dem Grundeigentum und bei der actio confessoria aus einer servitus altius tollendi der iudex dem Beklagten gebieten, „cavere neque se neque successores suos prohibituros altius tollere

1) Darüber, daß auch noch nach dem Recht des corpus iuris bei Ansprüchen auf ein facere oder non facere nicht auf dieses selbst, sondern nur auf Zahlung einer Geldsumme erkannt werden konnte, siehe Wetzell ZivProz. (3) § 46 Note 23, v. Bethmann-Hollweg Röm. ZivProz. Bd. 3 § 156 Note 25, Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 467, Girard Droit romain (3) S. 1063.

Digitized by Google

sublatumque habere", und in ähnlicher Weise sprechen sich l. 12 D. 8. 5 und l. 5 § 6 D. 7. 6 aus. Was für die actio negatoria und die actio confessoria gilt, das dürfen wir ohne weiteres auch für die actio negatoria utilis und die actio confessoria utilis sowie für die negatorische und konfessorische actio Publiciana annehmen.

Bei den Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte ist uns dieses Ziel nur für eine einzige bezeugt, für die actio aus dem interdictum ne quid in loco publico fiat, über welche l. 2 § 18 D. 43. 8 (Ulpianus) sagt: „iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat". Aber wir dürfen doch wohl den allgemeinen Satz aufstellen, daß die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte, falls eine Wiederholung der erfolgten Störung zu befürchten war, sämtlich auf cautio de non amplius turbando gingen[1]. Denn wir haben keinen Grund für die Annahme, daß ein Bedürfnis, das bei ihnen allen vorhanden war, nur bei einer der minder bedeutenden unter ihnen gesetzliche Befriedigung gefunden hätte.

Was endlich die actio ad exhibendum angeht, so fehlt uns jedes Zeugnis dafür, daß auch sie auf das Versprechen einer Straffumme für den Fall weiteren Nichtduldens der zu duldenden Handlung gegangen wäre. Wir sind aber wohl zu der Annahme berechtigt, daß ihr Ziel von dem der anderen auf ein Unterlassen gerichteten Aktionen, namentlich der mit ihr so eng verwandten Aktionen aus den interdicta de arboribus caedendis und de glande legenda, sich nicht unterschieden habe.

2.

Die Praxis des gemeinen Rechts hat die Unterlassungsklagen des römischen Rechts übernommen und durch neue vermehrt. Zu Ende des neunzehnten Jahrhunderts war der Kreis der Rechte, zu deren Schutz eine Klage auf Unterlassung gegeben war, nicht wenig erweitert.

1) Ebenso Lenel Edictum perpetuum S. 361, v. Bethmann-Hollweg Röm. ZivProz. Bd. 2 S. 371 Note 136, Pfersche Interdikte S. 110/111, Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S. 266/272, 467/468.

Digitized by Google

Auf dem Gebiet der dinglichen Rechte bestanden zunächst einmal die römischen Unterlassungsklagen fort.

In gerichtlichen Entscheidungen anerkannt finden wir z. B. die Unterlassungsklage zum Schutz des Eigentums (actio negatoria). So verurteilte das Appellationsgericht Celle am 2. Oktober 1872[1] den Beklagten, sich jeder ferneren Benutzung des dem Kläger gehörigen Grundstückes zu enthalten. Das Obergericht zu Wolfenbüttel entschied am 26. Mai 1876[2] in einer Sache, in der jemandes Eigentum an einem Grundstück dadurch verletzt worden war, daß eine Aktiengesellschaft in einen vorbeifließenden öffentlichen Fluß übelriechende Flüssigkeiten geleitet hatte, die Beklagte habe bei Vermeidung einer bestimmten Geldstrafe die weitere Zuführung zu unterlassen. Das Reichsgericht billigte in seinem Urteil vom 19. November 1897[3] ein Erkenntnis des Oberlandesgerichts Braunschweig, das der Beklagten unter Androhung einer Strafe von 50 Mark für jeden Fall des Zuwiderhandels untersagt hatte, aus ihrem Fabrikgrundstücke Ruß und Flugasche in übermäßiger Weise in die Grundstücke der Kläger eindringen zu lassen. Im gleichen Sinne entschieden das Obergericht zu Wolfenbüttel am 28. Mai 1878[4], das Oberlandesgericht Braunschweig am 19. März 1884[5] und in einer braunschweigischen Sache alten Rechts das Reichsgericht am 27. Dezember 1900[6]. Und zwar erkannte man die Klage auch gegenüber solchen Eingriffen an, die sich nicht auf eine Dienstbarkeit stützten: Urteil des Oberappellationsgerichts Dresden vom 24. April 1862[7], ja sogar gegenüber solchen, als deren Grundlage gar keine Dienstbarkeit denkbar war: Erkenntnis des Oberappellationsgerichts München vom 20. April 1852[8].

Die Unterlassungsklage zum Schutz des Pfandrechts (actio negatoria utilis) erkannte das Appellationsgericht Celle in seinem

1) Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 12.
2) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 18.
3) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 40 Nr. 49.
4) Seufferts Arch. Bd. 34 Nr. 182.
5) Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 279.
6) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 47 Nr. 37.
7) Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 11.
8) Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 268.

Digitized by Google

Urteil vom 28. März 1876[1] an, es gab der Klage eines Hypothekengläubigers statt, die darauf ging, daß der Beklagte verurteilt werde, sich jeder Störung des Klägers in der Ausübung seines Rechts zu enthalten.

Die Unterlassungsklage zum Schutz der Dienstbarkeiten (actio confessoria) fand in gleicher Weise Anerkennung durch das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 26. Juli 1844[2]: es erklärte eine Klage für zulässig, die darauf gerichtet war, daß sich Beklagter aller Störungen einer den Klägern zustehenden Fußsteiggerechtigkeit bei 20 Taler Strafe für jeden Kontraventionsfall zu enthalten habe.

Daß die durch den redlichen Erwerb eines der genannten Rechte geschaffene Stellung durch die gleichen Klagen geschützt sei (negatorische und konfessorische actio Publiciana), wurde z. B. in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Wiesbaden vom 27. April 1843[3], des Obergerichts Wolfenbüttel vom 27. Februar 1866[4], des obersten Landesgerichts für Bayern vom 17. Januar 1891[5] und des Oberappellationsgerichts München vom 14. Oktober 1847[6] ausgesprochen.

Die Unterlassungsklagen zum Schutz des Rechts auf Benutzung der dem Privateigentum entzogenen Sachen wurden gleichfalls mehrfach anerkannt. So namentlich die actio auf Grund des interdictum ne quid in loco publico fiat. Das Oberappellationsgericht Lübeck erklärte am 31. Dezember 1845[7] die Verurteilung eines Beklagten für möglich, die von ihm unternommene, dem Kläger schädliche Erhöhung eines öffentlichen Weges zu unterlassen, und das Oberlandesgericht Braunschweig billigte am 26. Oktober 1889[8] ein Erkenntnis, welches dem Beklagten die weitere Störung des Klägers in der Benutzung eines öffentlichen Weges untersagt hatte. Das Urteil des Reichsgerichts

1) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 25.
2) Wochenbl. f. merkwürd. RFälle neue Folge Bd. 1 S. 395.
3) Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 209.
4) Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 17.
5) Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 250.
6) Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 12.
7) Seufferts Arch. Bd. 5 Nr. 27.
8) Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 183.

Digitized by Google

vom 23. Januar 1880[1] billigte ein Erkenntnis des Appellationsgerichts Wiesbaden, das verurteilt hatte, die dem Kläger nachteilige Absperrung eines öffentlichen Weges zu unterlassen, und ebenso entschieden das Oberappellationsgericht Kiel am 17. Juni 1865[2], das oberste Landesgericht für Bayern am 8. Februar 1881[3] und das Reichsgericht in einer hessen-darmstädtischen Sache am 6. April 1888[4]. Anerkennung fand auch die actio auf Grund des interdictum ut in flumine publico navigare liceat: das Oberappellationsgericht Wolfenbüttel erklärte in seinem Urteil vom 13. Mai 1864[5] zum Schutze in der Benutzung eines öffentlichen Gewässers eine Klage auf Prohibition für zulässig.

Vielfach finden wir die Unterlassungsklagen zum Schutz des Sachbesitzes anerkannt, insbesondere die actio auf Grund des interdictum uti possidetis. Das Oberappellationsgericht Wiesbaden verurteilte am 7. März 1839[6] jemanden, der über ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gefahren war, sich aller Besitzstörungen künftig zu enthalten, das Oberappellationsgericht Kassel untersagte am 19. November 1853[7] jemandem, der bei Verfolgung seiner Bienen in einen im Besitz eines andern befindlichen Garten eingedrungen war, bei Strafe jede künftige Turbation. Im gleichen Sinne erkannten das Oberappellationsgericht Darmstadt am 25. September 1855[8], das Oberappellationsgericht Jena am 2. Mai 1862[9] und das Oberappellationsgericht Lübeck am 11. Dezember 1875[10].

Hier und da fanden auch die römischen Unterlassungsklagen zum Schutz der beschränkten Besitzrechte Anerkennung, so die Unterlassungsklage zum Schutz des Besitzes einer Wasserleitungsgerechtigkeit (actio aus dem interdictum de aqua cottidiana) in

1) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 1 Nr. 59.
2) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 235.
3) Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 199.
4) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 21 Nr. 35.
5) Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 224.
6) Seufferts Arch. Bd. 1 Nr. 222.
7) Seufferts Arch. Bd. 8 Nr. 49.
8) Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 6.
9) Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 222.
10) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 302.

Digitized by Google

der Entscheidung des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 20. Juni 1871[1].

Auf dem Gebiet der dinglichen Rechte gab es aber jetzt auch neue Unterlassungsklagen, die teils solchen Rechten, welche schon das römische Recht gekannt hatte, einen neuen Schutz verliehen, teils Rechte schützten, die dem römischen Recht fremd gewesen waren.

Das erste war z. B. bei dem Recht zur Benutzung der dem Privateigentum entzogenen Sachen der Fall: es genoß einen erweiterten Schutz infolge des Umstandes, daß die Praxis die Aktionen auf Grund prohibitorischer Popularinterdikte[2] von einem eigenen Interesse des Klägers abhängig gemacht und so aus Schutzmitteln öffentlicher Rechte in Schutzmittel von Privatrechten verwandelt hatte. Diese Umwandlung tritt uns deutlich entgegen in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Celle vom 26. Januar 1855[3], des Oberappellationsgerichts zu Berlin vom 31. Januar 1874 in einer Lauenburger Sache[4], des obersten Landesgerichts für Bayern vom 25. November 1880[5] und desselben Gerichts vom 8. Februar 1881[6] sowie des Oberlandesgerichts Kiel vom 10. März 1884[7]. Infolgedessen nahm man z. B. auf Grund des interdictum ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit eine Unterlassungsklage an. Das Reichsgericht sprach in seinem Urteil vom 9. Juli 1886 in einer hannöverschen Sache[8] aus, die Beklagten machten durch Zuführung ihrer Abwässer den Klägern die Benutzung eines öffentlichen Flusses zur Berieselung ihrer Wiesen ebenso unmöglich, als wenn sie ihnen die ganze Flutwelle durch Ableitung des Wassers entzögen, sie seien daher, ebenso wie es unzweifelhaft in diesem letzten Falle zu geschehen hätte, in Anwendung der Grundsätze des Interdikts zur Unterlassung ihres die

1) Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 110.
2) Siehe oben S. 6.
3) Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 293.
4) Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 139.
5) Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 95.
6) Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 199.
7) Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 51.
8) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 16 Nr. 31.

Digitized by Google

Kläger an der Benutzung des Flusses hindernden Verhaltens zu verurteilen. In demselben Sinne entschied das Reichsgericht in einer anderen gleichfalls hannöverschen Sache am 8. Juli 1887[1], nachdem das Oberappellationsgericht Rostock bereits am 9. Oktober 1865[2] die private Unterlassungsklage auf Grund des Interdikts anerkannt hatte.

Auch die beschränkten Besitzrechte waren jetzt in höherem Maße geschützt. Der Besitz aller der Grunddienstbarkeiten, bei denen im römischen Recht kein Schutz gegen Besitzstörung bestanden hatte, erfreute sich des Schutzes einer neuen Unterlassungsklage: man nahm an, daß hier überall auf Grund des interdictum uti possidetis geklagt werden könne. Dies ist z. B. ausgesprochen in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 20. März 1853[3], des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 24. April 1866[4], des Oberlandesgerichts Celle vom 14. November 1879[5]. Auf solche Weise betrachtete man namentlich eine Unterlassungsklage zum Schutz des Besitzes der Holzungs- und Weidegerechtigkeiten als gegeben. Das Reichsgericht billigte am 21. April 1893[6] ein Urteil des Oberlandesgerichts Darmstadt, durch das der Beklagte für schuldig erklärt worden war, die Klägerin im Besitz einer Dienstbarkeit, kraft deren ihr das Roden von Holzstöcken in den Waldungen des Beklagten gestattet war, in keiner Weise zu stören. In gleicher Weise nahmen das Oberappellationsgericht Darmstadt am 12. Juli 1861[7] und das Obergericht Wolfenbüttel am 22. Januar 1867[8] an, daß zum Schutze einer Weidegerechtigkeit eine Unterlassungsklage stattfinde.

Aber auch solche dingliche Rechte, die das römische Recht gar nicht gekannt hatte, genossen jetzt den Schutz von Unterlassungsklagen. Zum Schutz der weitgehenden dinglichen Rechte, die man als dominium utile zusammenfaßte, namentlich des Lehnrechts

1) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 18 Nr. 53.
2) Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 204.
3) Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 46.
4) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 233.
5) Seufferts Arch. Bd. 35 Nr. 98.
6) Entsch. d. RGer. i. CivS. Bd. 31 Nr. 37.
7) Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 124.
8) Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 109.

Digitized by Google

und des erblichen Rechts an einem Bauerngute, fand eine Unterlassungsklage Anerkennung, die man als actio negatoria utilis bezeichnete. In diesem Sinne entschied z. B. das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 3. April 1875[1].

Desgleichen erkannte man eine Unterlassungsklage an zum Schutz solcher dinglicher Rechte, die den Dienstbarkeiten nahe standen, besonders des Jagdrechts an fremdem Grund und Boden, des Fischereirechts und der Reallasten: man bezeichnete diese Klage als actio confessoria utilis. Sehr allgemein ist dies ausgesprochen in dem Urteil des Oberappellationsgerichts Dresden vom 26. Juli 1844[2]. Was das Einzelne angeht, so entschied das Oberappellationsgericht Kiel am 15. Juni 1842[3], der in seinem Jagdrecht an fremdem Grund und Boden Gestörte könne darauf klagen, daß dem Störer aufgegeben werde, sich bei Vermeidung einer namhaften Brüche für die Zukunft aller Beeinträchtigung des Jagdrechts zu enthalten. In gleicher Weise betrachtete das Obertribunal zu Stuttgart in seiner Entscheidung vom 14. Mai 1872[4] eine Klage als möglich, die darauf ging, es solle ausgesprochen werden, daß der Kläger sich künftig jedes Eingriffes in ein dem Kläger zustehendes Fischereirecht zu enthalten habe. Und das Oberappellationsgericht München erklärte in seinem Erkenntnis vom 5. Mai 1866[5], daß zum Schutz des Hürdenschlagsrechts, wie überhaupt der Reallasten des deutschen Rechtes, eine actio confessoria utilis begründet sei.

Auf dem Gebiet der Rechte an unkörperlichen Gütern bestanden die wenigen Unterlassungsklagen des römischen Rechtes fort.

Allerdings lassen sich sowohl die Unterlassungsklage zum Schutz der väterlichen Gewalt (actio aus dem interdictum de liberis ducendis) wie die zum Schutz der Stellung des Mannes zur Frau (actio aus dem interdictum de uxore ducenda) in gerichtlichen Entscheidungen kaum nachweisen, weil man jetzt nicht

1) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 304.
2) Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 119.
3) Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 267.
4) Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 164.
5) Seufferts Arch. Bd. 20 Nr. 109.

Digitized by Google

mehr auf ein Unterlassen, das Dulden der Wegführung, sondern auf ein Tun, die Herausgabe, zu klagen pflegte. Dies war schon in Rom möglich gewesen. L. 1 § 2 D. 6. 1 (Ulpianus) sagt über die rei vindicatio: „Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur . . . et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit ‚filium suum' vel ‚in potestate ex iure Romano', videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse". Jetzt war die Klage auf Herausgabe durchaus das Regelmäßige geworden. Sie liegt z. B. den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 24. Juni 1845[1], des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 16. Dezember 1858[2], des Oberappellationsgerichts München vom 30. Juli 1869[3], des obersten Landesgerichts für Bayern vom 11. Februar 1884[4], des Oberlandesgerichts Hamburg vom 28. Mai 1890[5] und denen des Reichsgerichts vom 22. April 1882 in einer hamburgischen Sache[6], vom 21. Dezember 1886 in einer hessen-darmstädtischen Sache[7] und vom 5. April 1892 in einer schleswigschen Sache[8] zugrunde. Aber wir dürfen deshalb doch nicht annehmen, daß die Klage auf Duldung der Wegführung unmöglich geworden wäre.

Immerhin hatten auf diesem Gebiete die größere Bedeutung neu anerkannte Unterlassungsklagen. Der Kreis der Rechte an unkörperlichen Gütern hatte sich außerordentlich erweitert. Zum Schutze einiger von ihnen erkannte man schon ziemlich früh eine Unterlassungsklage an, so namentlich zum Schutz des Namenrechts und der ausschließlichen Gewerbeberechtigungen. So erklärte das Oberappellationsgericht Celle am 7. Mai 1841[9] eine

1) Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 33.
2) Seufferts Arch. Bd. 31 Nr. 247.
3) Seufferts Arch. Bd. 31 Nr. 246.
4) Seufferts Arch. Bd. 39 Nr. 313.
5) Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 152.
6) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 10 Nr. 32.
7) Seufferts Arch. Bd. 43 Nr. 29.
8) Seufferts Arch. Bd. 48 Nr 39.
9) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 114.

Digitized by Google

Klage für rechtlich begründet, die darauf ging, daß der Beklagten, die ihrem unehelichen Kinde den Namen des Klägers beigelegt hatte, aufgegeben werde, es nicht mit diesem Namen zu benennen. Das Oberappellationsgericht Darmstadt erkannte am 19. April 1852[1] auf eine Klage für Recht, daß sich der Beklagte des Namens v. H., des Adels, Wappens und Siegels der Familie v. H. zu enthalten habe. Im gleichen Sinne entschied das Reichsgericht am 11. April 1892 in einer württembergischen Sache[2] sowie das Oberlandesgericht Hamburg am 25. April 1893[3]. Das Obertribunal zu Stuttgart verbot in seinem Urteil vom 30. November 1844[4] auf die Klage eines Müllers, der in seinem ausschließlichen Gewerberecht durch einen anderen Müller gestört worden war, dem Beklagten das Abholen von Mehlfrüchten in einem bestimmten Dorfe, und ebenso nahm das Oberappellationsgericht zu Berlin am 18. Januar 1868 in einer hessischen Sache[5] an, daß das einer Stadt zustehende ausschließliche Recht des Branntweinschankes durch eine Unterlassungsklage geschützt sei.

Auch auf dem Gebiet der Forderungsrechte bestanden die römischen Unterlassungsklagen fort.

Von diesen sämtlich auf Duldung des Betretens eines Grundstückes gerichteten Klagen finden wir verschiedene in gerichtlichen Entscheidungen anerkannt. Das Oberappellationsgericht Kassel erklärte am 19. November 1853[6] die actio ad exhibendum zum Zweck der Wegnahme eines in einem fremden Garten gelangten Bienenschwarmes für möglich, das Oberlandesgericht Stuttgart verurteilte am 5. Dezember 1890[7] auf derselben Grundlage die Eigentümerin eines Steinbruches, dem ehemaligen Pächter die Abfuhr von sechsunddreißig ihm gehörigen in dem Steinbruch noch lagernden Steinblöcken sowie die dazu erforderlichen Zerkleinerungsarbeiten zu gestatten, und im gleichen Sinne erkannten das Ober-

1) Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 6.
2) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 29 Nr. 32.
3) Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 147.
4) Monatsschr. f. d. Justizpflege in Württemberg Bd. 11 S. 129.
5) Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 213.
6) Seufferts Arch. Bd. 8 Nr. 49.
7) Seufferts Arch. Bd. 47 Nr. 7.

Digitized by Google

appellationsgericht Kassel am 5. April 1862[1] und das Oberappellationsgericht Darmstadt am 4. Oktober 1870[2]. Die actio auf Grund des interdictum de arboribus caedendis zu dem Zweck, daß der Eigentümer eines Grundstückes die Behauung eines zu nahe an der Grenze stehenden Baumes dulde, fand Anerkennung in dem Urteil des Oberappellationsgerichts Wolfenbüttel vom 3. März 1846[3]. Ebenso die actio auf Grund des interdictum de thesauro, darauf gerichtet, daß der Eigentümer eines Grundstücks dem Eigentümer dort vergrabener Wertsachen die Ausgrabung und Wegnahme gestatte, in dem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden vom 27. September 1849[4].

Eine neue Unterlassungsklage erkannte man zum Schutz der vertraglichen Forderungsrechte auf Unterlassung einer bestimmten Gewerbetätigkeit an. So namentlich zum Schutz des in einem Dienstvertrage begründeten Forderungsrechts, daß der Bedienstete nicht an einem bestimmten Orte ein Geschäft von bestimmter Art errichte oder als Angestellter in ein solches eintrete. In diesem Sinne entschieden das Oberappellationsgericht Kassel am 5. Oktober 1844[5] und das Reichsoberhandelsgericht in einer frankfurter Sache am 22. Dezember 1875[6]. Aber auch zum Schutz eines ähnlichen auf einem Kaufvertrag beruhenden Forderungsrechtes. Das Reichsgericht bestätigte am 24. Oktober 1900 in einer hamburger Sache alten Rechts[7] ein Urteil, durch welches dem Beklagten, der beim Verkauf seiner Schlächterei die Verpflichtung übernommen hatte, in einem gewissen Teil der Stadt Hamburg nicht wieder die Schlächterei zu betreiben, aber seine Verpflichtung verletzt hatte, der Betrieb der Schlächterei in diesem Stadtteil untersagt worden war.

Diese neuen Unterlassungsklagen des gemeinen Rechts beruhten sämtlich auf Gewohnheitsrecht: eine ständige Übung der Ge-

1) Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 48.
2) Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 27.
3) Seufferts Arch. Bd. 11 Nr. 115.
4) Seufferts Arch. Bd. 4 Nr. 10.
5) Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 272.
6) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 310.
7) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 47 Nr. 53.

Digitized by Google

richte hatte die römischen Unterlassungsklagen auf ähnliche Fälle ausgedehnt.

Vielfach ist dies in den Entscheidungen, die eine nichtrömische Unterlassungsklage anerkennen, ausdrücklich gesagt. So bezeichnete man die Unterlassungsklage zum Schutze des dominium utile als actio negatoria utilis und begründete sie damit, daß „zweifellos die negatoria wie die confessoria actio im heutigen Recht nach verschiedenen Richtungen hin über ihre römischen Schranken hinaus analoge Anwendung gefunden habe": Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 3. April 1875[1]. Man nannte die Unterlassungsklage zum Schutz solcher dinglicher Rechte, die den Dienstbarkeiten nahe stehen, actio confessoria utilis und erklärte dazu, eine solche Ausdehnung der actio confessoria sei „in der Praxis allgemein anerkannt": so das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden vom 26. Juli 1844[2] und das des Oberappellationsgerichts München vom 5. Mai 1866[3]. Ebenso stützte man die Unterlassungsklage zum Schutz des Besitzes jener Grunddienstbarkeiten, welche das römische Recht nicht durch besondere Interdikte gegen Besitzstörung geschützt hatte, auf ein interdictum uti possidetis utile, unter Berufung auf eine „konstante Rechtsprechung": so die Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 20. März 1853[4], des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 24. April 1866[5] und des Oberlandesgerichts Celle vom 14. November 1879[6].

Vielfach finden wir auch die Anerkennung neuer Unterlassungsklagen ohne jede Begründung, so z. B. in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Celle vom 7. Mai 1841[7], des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 12. Juli 1861[8], des Oberappellationsgerichts München vom 3. Juni 1863[9], des Ober-

1) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 304.
2) Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 119.
3) Seufferts Arch. Bd. 20 Nr. 109.
4) Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 46.
5) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 233.
6) Seufferts Arch. Bd. 35 Nr. 98.
7) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 114.
8) Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 124.
9) Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 45.

Digitized by Google

appellationsgerichts Rostock vom 9. Oktober 1865[1], des Obergerichts Wolfenbüttel vom 22. Januar 1867[2], des Obertribunals zu Stuttgart vom 14. Mai 1872[3] und in dem des Reichsgerichts in einer hessen-darmstädtischen Sache vom 21. April 1893[4].

Oder die Begründung ist bedenklich. So rechtfertigte das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 19. April 1852[5] die Unterlassungsklage zum Schutz des Namenrechtes damit, „daß hier ein Privatrecht von einem iustus contradictor mit einer Präjudizialklage verfolgt werde“, als ob sich eine Leistungsklage aus den Vorschriften über die Feststellungsklage rechtfertigen ließe, und die Urteile des Reichsgerichts in einer württembergischen Sache vom 11. April 1892[6] und des Oberlandesgerichts Hamburg vom 25. April 1893[7] stützten dieselbe Klage auf das „praktische Bedürfnis“, als ob das praktische Bedürfnis Rechtsquelle wäre. Auch hier kann als die Grundlage des wirklichen Auftretens neuer Unterlassungsklagen nur ein sich an die römischen Unterlassungsklagen anschließender Gerichtsgebrauch betrachtet werden.

Indessen alle diese Erweiterungen des römischen Kreises der Unterlassungsklagen waren doch nur Einzelarbeit. Nur in ganz seltenen Fällen tritt uns im gemeinen Recht der Gedanke einer allgemeinen Unterlassungsklage entgegen.

Ein Urteil des Oberappellationsgerichts Kiel vom 15. Januar 1842[8] sagte freilich, bei jedem dinglichen Recht könne man, wenn es durch rechtswidrige Eingriffe eines Dritten verletzt werde, zum Zweck seiner ungeschmälerten Aufrechterhaltung die richterliche Hilfe in Anspruch nehmen. Ein Urteil des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 7. Mai 1828[9] stellte sogar den ganz allgemeinen Satz auf, so oft eine Verbindlichkeit, etwas zu unterlassen, geltend gemacht werde und eine Besorgnis künftiger Verletzungen eintrete,

1) Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 204.
2) Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 109.
3) Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 164.
4) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 31 Nr. 37.
5) Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 6.
6) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 29 Nr. 32.
7) Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 147.
8) Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 267.
9) Bruhns Samml. v. Entsch. d. OAG. Lübeck Bd. 1 Nr. 86.

Digitized by Google

könne der Richter dem Impetraten auch pro futuro dieselben verbieten und dem Erkenntnisse zur Aufrechterhaltung des Verbotes eine Strafdrohung beifügen. Später, als das gemeine Recht schon nicht mehr galt, hat auch das Reichsgericht erklärt, nach gemeinem Recht habe man aus jeder unerlaubten Handlung, deren Fortsetzung oder Wiederholung drohte, auf Unterlassung klagen können: Urteil vom 11. November 1902[1].

Aber diese Behauptungen sind nicht oder nicht genügend begründet worden, und wie das Erkenntnis des Reichsgerichts schon seines Zeitpunktes wegen, so sind auch die beiden älteren Urteile ohne Einfluß auf die Praxis geblieben. Die Triebkraft des Gedankens, der den einzelnen Unterlassungsklagen des römischen Rechts zugrunde lag, zwang die Praxis des gemeinen Rechts über diese einzelnen Unterlassungsklagen hinauszugehen, zu einer entschiedenen Erfassung und Durchführung jenes Gedankens aber ist auch sie nicht gelangt.

Die Voraussetzungen der Unterlassungsklagen haben sich im gemeinen Recht nicht geändert. Die Unterlassungsklagen waren alle auch nach gemeinem Recht dadurch bedingt, daß ein Privatrecht verletzt und ein weiteres verletzendes Tun zu befürchten war.

Daß Bedingung der Unterlassungsklagen eine vorausgegangene Rechtsverletzung war, kommt in vielen Entscheidungen der Gerichte zum Ausdruck. So z. B. für die actio negatoria in den Urteilen des Oberappellationsgerichts Dresden vom 24. April 1862[2] und des Appellationsgerichts Celle vom 2. Oktober 1872[3], für die actio confessoria in dem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden vom 26. Juli 1844[4]. Namentlich auch für die Aktionen auf Grund prohibitorischer Interdikte in den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Kassel vom 19. November 1853[5], des Oberappellationsgerichts Darmstadt vom 25. September 1855[6], vom

1) Jurist. Wochenschr. 1903 Beil. S. 11.
2) Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 11.
3) Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 12.
4) Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 119.
5) Seufferts Arch. Bd. 8 Nr. 49.
6) Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 6.

Digitized by Google

12. Juli 1861[1] und vom 20. Juni 1871[2], des Obergerichts Wolfenbüttel vom 22. Januar 1867[3] und des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 26. Oktober 1889[4]. Nur das Urteil des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 11. Dezember 1875[5] nimmt an, daß zur Begründung des interdictum uti possidetis keine vorausgegangene Störung erforderlich sei, unter ungerechtfertigter Berufung auf die Praxis anderer Gerichte: während das lübecker Urteil als Grundlage der Klage nichts als die Gefahr künftiger Störung fordert und die erfolgte Bestreitung des Besitzes nur als Erkenntnismittel für diese Gefahr ins Auge faßt, verlangen die von ihm herangezogenen Entscheidungen sämtlich eine erfolgte Störung und nehmen nur an, daß eine solche schon in der Bestreitung des Besitzes liege.

Daß zur Begründung der Unterlassungsklagen auch weitere Rechtsverletzungen zu befürchten sein mußten, ist in den meisten Entscheidungen stillschweigend vorausgesetzt. Ausgesprochen ist es nur selten: man betrachtete es in der Regel als selbstverständlich, daß die Gefahr weiterer Rechtsverletzungen vorhanden sei, und erörterte deshalb nicht, ob auch bei ihrem Nichtvorhandensein auf Unterlassung geklagt werden könne. Das Oberappellationsgericht Lübeck hat in seinem Erkenntnis vom 7. Mai 1828[6] aber doch hervorgehoben, nur bei Besorgnis künftiger Verletzungen könne auf ein richterliches Verbot geklagt werden, und ebenso in seinem Urteil vom 11. Dezember 1875[7] gesagt, daß die actio aus dem interdictum uti possidetis nur begründet sei, wenn eine ausreichende Veranlassung vorliege, tatsächliche Eingriffe in den klägerischen Besitz von dem Beklagten befürchten zu können.

Dagegen hat das Ziel der Unterlassungsklagen im gemeinen Recht eine völlige Umgestaltung erfahren. Diese Umgestaltung

1) Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 124.
2) Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 110.
3) Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 109.
4) Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 183.
5) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 302.
6) Bruhns Samml. v. Entsch. d. OAG. Lübeck Bd. 1 Nr. 86.
7) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 302.

Digitized by Google

beruht auf Gewohnheitsrecht, sie ist ein Ergebnis des Gerichtsgebrauchs und hat sich in zwei Stufen vollzogen.

In ihrem ersten Teil war sie schon zu Anfang des 17. Jahrhunderts abgeschlossen. Nunmehr gingen die Unterlassungsklagen geradezu darauf, daß das Gericht dem Beklagten die Unterlassung künftiger Verletzung gebot und ihm die Gelobung einer Strafsumme für den Fall der Zuwiderhandlung auferlegte. Das Gericht war jetzt nicht mehr darauf beschränkt, den Beklagten, der sich weigerte, freiwillig für den Fall künftiger Verletzung eine Strafsumme zu versprechen, zur Zahlung der litis aestimatio zu verurteilen. Es konnte unmittelbar darauf erkennen, daß der Beklagte sich der künftigen Verletzung zu enthalten und dem Kläger für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafsumme zu versprechen habe[1].

Der Leipziger Schöppenstuhl erkannte 1620[2] auf eine actio negatoria, „daß Beklagter . . . sich hinfüro des Treibens und Hütens auf Klägers Feldern zu enthalten und ihm deswegen de non amplius turbando zu kavieren schuldig“. Und ebenso erließ das Appellationsgericht Dresden 1627[3] auf eine actio confessoria das Urteil, „daß Kläger bei seiner Befugnis, von jedem Floße Holz einen Floßbaum zu nehmen, billig zu schützen, und er mag sich mit einem Groschen anstatt des Baums wider seinen Willen abfinden zu lassen nicht gedrungen werden. Es ist ihm auch deswegen Beklagter de non amplius turbando zu kavieren schuldig“.

Von der gleichen Art sind die Formeln, die die Praktiker für Unterlassungsklagen gaben. Böhmer[4] stellte für die actio confessoria folgendes Muster eines Klagantrags auf: „daß mir der Fahrweg wegen meines Gutes über Beklagtes Wiese zustehe: Be-

1) Die cautio de non amplius turbando war gemäß der überwiegenden Meinung auch nach gemeinem Recht keine Sicherheitsleistung, sondern ein bloßes Versprechen: Leyser Meditationes ad Pandectas (2) spec. 508 §§ 15, 16, Lauterbach Collegium theoretico-practicum (1763) lib. 8 tit. 5 § 10, Carpzov Responsa (1709) lib. 1 resp. 69 num. 19 u. 20, Allgem. jurist. Oraculum Bd. 14 (1753) S. 228, Berger Oeconomia iuris (8) lib. 2 tit. 3 th. 22 num. 10.

2) Abgedruckt bei Carpzov Responsa (1709) lib. 1 resp. 69 num. 22.

3) Abgedruckt bei Carpzov Responsa (1709) lib. 1 resp. 69 num. 21.

4) Boehmer De actionibus (1749) sect. 2 cap. 2 §§ 39, 40.

Digitized by Google

klagter mich dabei geruhig zu lassen und cautiones de non amplius turbando zu bestellen und allen verursachten Schaden zu erstatten schuldig" und für die actio negatoria: „daß er auf meine Mauer zu bauen nicht befugt und folgends aller Turbation sich enthalten, auch deswegen genugsame Kaution zu bestellen schuldig". Ganz ähnliche Fassungen lieferten Schilter[1], Ludovici[2], Seyfart[3] und das Juristische Oraculum[4].

Die Umgestaltung des Ziels der Unterlassungsklagen vollendete sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts. Seitdem richteten sie sich darauf, daß dem Beklagten die Unterlassung künftiger Verletzung geboten und eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung auferlegt wurde.

Mit Unrecht pflegt man diese Änderung auf den Jüngsten Reichsabschied (1654) zurückzuführen[5].

§ 162 dieses Gesetzes bestimmte allerdings: „In Fällen und Sachen aber, welche, weilen die Urteil allein ad omittendum vel non faciendum gerichtet, keiner andern Exekution unterworfen, als daß der verlustigte Teil a certo aliquo facto abstiniere, soll demselben, auf dem Fall einer Kontravention, ebenmäßig eine gewisse Pön bestimmet ... werden". Aber diese Vorschrift galt nur für das Reichskammergericht. Sie sollte in den Sachen, in denen dieses Gericht entschied, die Zwangsvollstreckung vereinfachen. Für andere Gerichte war sie nicht anwendbar. § 137 des Jüngsten Reichsabschiedes gebot nur, es sollten „Kurfürsten und Stände des Reichs bei ihren Untergerichten die Verordnung tun, damit, so viel möglich, bei denenselben die Norma des kammergerichtlichen Prozesses observiert werde".

Während das Reichskammergericht bereits in einem Urteil vom 7. Oktober 1662 den Beklagten gebot, „des unterstandenen

1) Schilter Praxis iuris Romani (4) exercit. ad Pand. 18 § 40, 47 § 60.

2) Ludovici Einl. zum ZivProz. (6) Kap. 2 §§ 2, 26.

3) Seyfart Formularbuch (2) S. 12.

4) Allgem. jurist. Oraculum Bd. 14 (1753) S. 227.

5) So z. B. Wächter Erörterungen Heft 2 S. 27, Höpfner Erörterungen Bd. 2 S. 33/35, Windscheid Pand. Bd. 1 (8) § 198 Note 6, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 250 Note 13 und Ubbelohde Interdikte Bd. 2 S 514, der es als auffallend bezeichnet, daß Schilter, Lauterbach, Leyser und andere ältere Schriftsteller auf den Jüngsten Reichsabschied keinen Bezug nehmen.

Digitized by Google

Anschlags und Einforderung der Steuern und Kontributionen auf dem Bellerhof bei Straf 10 Mark lötigs Goldes, halb dem kaiserlichen Fisko und zum andern halben Teil dem Appellaten zu bezahlen, sich hinfüro zu enthalten, mit dem Anhang, wofern sie dem zuwider tun werden, daß alsdann mit der Deklaration poenae und sonsten nach Inhalt des Jüngsten Reichsabschieds auf Gegenteils Anrufen gegen dieselbe verfahren werden soll"[1], erkannten denn auch die anderen Gerichte bei Unterlassungsklagen weiter auf cautio de non amplius turbando. Um eine cautio de non amplius turbando handelte es sich z. B. in einer Entscheidung des Hofgerichts Wittenberg von 1711[2]: der Beklagte war zur cautio de non amplius turbando verurteilt worden, der Kläger wollte sich mit der erfolgten cautio nicht zufrieden geben, das Gericht entschied aber, daß die cautio zur Genüge erfolgt sei.

Demgemäß lehrten die Praktiker auch nach dem Jüngsten Reichsabschied wie zuvor, daß die actio negatoria, die actio confessoria und andere Unterlassungsklagen auf Auferlegung einer cautio de non amplius turbando gingen: bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts bestand hierüber völliges Einverständnis. So z. B. Stryk[3], Carpzov[4], Schilter[5], Struve[6], Lauterbach[7], Böhmer[8], Seyfart[9] und das juristische Oraculum[10]. Besonders bedeutsam ist eine Äußerung von Leyser[11], er tritt 1737 aus Gründen der Zweckmäßigkeit dafür ein, der Richter solle, statt zur cautio de non amplius turbando zu verurteilen, lieber für den

---

1) Abgedruckt bei Blum Chilias sententiarum cameralium num. 890.

2) Abgedruckt bei Leyser Meditationes ad Pandectas (2) spec. 508 §§ 15, 16.

3) Stryk Usus modernus Pandectarum (1708) lib. 8 tit. 5 § 3.

4) Carpzov Responsa (1709) lib. 1 resp. 69 num. 13, 14, 21, 22.

5) Schilter Praxis iuris Romani (4) exercit. ad Pand. 18 § 40, exercit. ad Pand. 47 § 60.

6) Struve Syntagma iuris civilis (3) exercit. 13 num. 47, 52.

7) Lauterbach Collegium theoretico-practicum (1763) lib. 8 tit. 5 §§ 9, 10, 15 lib. 43 tit. 17 §§ 2, 12.

8) Boehmer De actionibus (1749) sect. 2 cap. 2 §§ 39, 40, Exercitationes ad Pandectas (1764) exercit. 5 § 11, exercit. 90 § 9.

9) Seyfart Formularbuch (2) S. 12.

10) Allgem. jurist. Oraculum Bd. 14 (1753) S. 227.

11) Leyser Meditationes ad Pandectas (2) spec. 508 §§ 15, 16.

Digitized by Google

Fall künftiger Verletzung eine Strafe androhen, bezeugt aber zugleich, daß in Theorie und Praxis die entgegengesetzte Lehre herrsche.

Daß die Unterlassungsklagen des gemeinen Rechts auch nach dem Jüngsten Reichsabschied weiter auf Auferlegung einer cautio de non amplius turbando gingen, geht auch aus der sächsischen verbesserten Prozeß- und Gerichtsordnung von 1724 hervor. Kap. 39 § 3 dieses Gesetzes bestimmte: „Wenn hingegen einem, etwas nicht zu tun oder sich einer Sache zu enthalten, auferleget wird, soll hinfüro, statt der Kaution, auf eine gewisse Strafe in casum contraventionis mit erkannt, und solche, wenn darwider gehandelt wird, eingetrieben . . . werden". Im Hinblick auf dieses Gesetz sagt Biener[1]: „Cautio de non amplius turbando vel non faciendo, quippe fere novam litem parit, abrogata fuit in Saxonia, comminatione mulctae in eius locum subrogata", und Ludovici[2], Berger[3] und Pfotenhauer[4] lehrten, daß zwar nach gemeinem Recht der Richter auf Bestellung einer cautio de non amplius turbando zu erkennen, nach sächsischem Recht dagegen statt dessen eine Strafe anzudrohen habe.

Die Umgestaltung der Unterlassungsklagen, infolge deren sie fortan außer auf ein Unterlassungsgebot auf die Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gerichtet waren, ist erst zu Ende des 18. Jahrhunderts durch die Praxis herbeigeführt worden.

Leyser[5] war schon in der ersten Hälfte des Jahrhunderts für eine solche Gestalt der Unterlassungsklagen eingetreten, ohne freilich die Zustimmung der Praxis oder der Theorie verzeichnen zu können: „At quid opus est", sagt er, ambagibus et disputationibus de cautione? Breviori et tutiori via possessori contra futuras turbationes prospiciatur, si iudex in sententia, qua illum tuetur simul futuras turbationes interdicat ac non parenti mulctam poenamve corporalem minetur". Hommel[6] gab 1775 für eine

1) Biener Systema processus iudiciarii Bd. 2 (1835) § 210 Note 5.

2) Ludovici Einl. zum ZivProz. (6) Kap. 2 § 2.

3) Berger Oeconomia iuris (8) lib. 2 tit. 3 th. 22 not. 10, tit. 6 th. 3 not. 8.

4) Pfotenhauer Doctrina processus Bd. 2 (2) § 375.

5) Leyser Meditationes ad Pandectas (2) spec. 508 §§ 15, 16.

6) Hommel Teutscher Flavius (3) S. 101.

Digitized by Google

Unterlassungsklage zwar noch die Urteilsformel: „daß Kläger bei dem geklagten Besitze des streitigen Gutes, solange bis Beklagter in (Possessorio ordinario oder) Petitorio ein anderes ausgeführt, zu schützen, letzterer auch diesfalls gebührende Sicherheit, ihn nicht ferner zu beeinträchtigen, auf 50 Thaler hart, durch tüchtige Pfande oder Bürgen zu bestellen", bemerkte aber dazu: „In Kursachsen hat man diese Verwarnung nicht, sondern man spricht: letzterer auch aller fernern Beeinträchtigungen bei 20 Thaler Strafe sich zu enthalten schuldig. Und seit einiger Zeit haben wir auch angefangen in denen uns auswärts zugesandten Rechtssachen sogleich auf das Enthalten aller fernern Beeinträchtigungen bei 50 auch 10 Thaler Strafe jezuweilen zu erkennen, weil wir gefunden, daß solche fiskalische Strafe, ebenso wie bei uns, angenommen, und der Vorstand de non amplius turbando vielen Ungemächlichkeiten unterworfen".

Zu Anfang des 19. Jahrhunderts war der Rechtssatz, daß die Unterlassungsklagen auf ein Unterlassungsgebot und auf die Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gingen, in Praxis und Theorie durchgedrungen. Die gerichtlichen Entscheidungen erkannten jetzt nicht mehr auf Unterlassung und cautio de non amplius turbando, sondern auf Unterlassung bei Vermeidung einer Strafe, so z. B. die Urteile des Oberappellationsgerichts Kiel vom 15. Juni 1842[1], des Oberappellationsgerichts Kassel vom 19. November 1853[2], des Obergerichts Wolfenbüttel vom 26. Mai 1876[3]. Einige Rechtslehrer, so Claproth[4], W. H. Puchta[5] und Heffter[6] nahmen noch an, daß entweder auf Auferlegung einer cautio de non amplius turbando oder auf richterliche Strafdrohung geklagt werden könne. Dagegen betrachteten die meisten, so z. B. Martin[7], v. Bayer[8], A. C. J. Schmid[9],

1) Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 267.
2) Seufferts Arch. Bd. 8 Nr. 49.
3) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 18.
4) Claproth Bgl. Proz. Bd. 2 (4) § 424.
5) W. H. Puchta Gerichtliche Klagen (2) S. 164/165, 236.
6) Heffter Röm. u. deutsch. ZivProzR. (2) § 518 zu Note 72.
7) Martin Bgl. Proz. (13) § 273.
8) v. Bayer Gem. ZivProz. (10) § 336.
9) A. C. J. Schmid Gem. ZivProz. Bd. 3 S. 348.

Digitized by Google

Höpfner[1], Wetzell[2], Renaud[3] und Endemann[4], nur noch die Strafdrohung als Ziel der Unterlassungsklage. In der Regel berief man sich hierbei in Unkenntnis der geschichtlichen Entwicklung auf den Jüngsten Reichsabschied[5]: das Gebot der Zweckmäßigkeit und das Vorbild der Landesgesetzgebung hatten zu Ende des 18. Jahrhunderts eine Änderung des gemeinen Rechts herbeigeführt, aber bereits wenige Jahrzehnte später war man über das Zustandekommen dieser Änderung so sehr im Unklaren, daß man als Grundlage der gegenwärtigen Praxis den Jüngsten Reichsabschied von 1654 betrachtete.

Die Strafe, die das Gericht fortan für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot anzudrohen hatte, war eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe. Welcher Art diese Strafe war, wird von den meisten unbestimmt gelassen. Martin[6] und Menger[7] behaupten ohne Begründung, es sei auch die Androhung einer Freiheitsstrafe möglich gewesen. Die Praxis, die das neue Ziel der Unterlassungsklage geschaffen hat und der wir deshalb seine Beschaffenheit entnehmen müssen, steht dieser Meinung entgegen. Wie schon im 17. Jahrhundert das Reichskammergericht[8], so haben seit dem Ende des 18. Jahrhunderts auch die anderen Gerichte bei der Verurteilung zu einer Unterlassung nur eine Geldstrafe androhen zu dürfen geglaubt[9]: die richterliche Strafdrohung sollte den Zwang gegen den Verpflichteten vereinfachen, aber nicht verstärken, sie sollte

---

1) Höpfner Beiträge Bd. 2 S. 34.

2) Wetzell ZivProz. (3) § 50 Note 94.

3) Renaud Gem. ZivProz. (2) S. 436, 513.

4) Endemann Deutsch. ZivProz. S. 999.

5) So Claproth Vgl. Proz. Bd. 2 (4) § 424, Heffter Röm. u. deutsch. ZivProzR. (2) § 518 zu Note 72, Martin Vgl. Proz. (13) § 273, v. Bayer Gem. ZivProz. (10) § 336, A. C. J. Schmid Gem. ZivProz. Bd. 3 S. 348, Höpfner Beiträge Bd. 2 S. 34, Wetzell ZivProz. (3) § 50 Note 94, Renaud Gem. Ziv. Proz. (2) S. 436, 513.

6) Martin Vgl. Proz. (13) § 273.

7) Menger im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 55 S. 391/392, 394.

8) Siehe Blum Processus cameralis tit. 77 num. 5, 50, Ludolf De jure camerali S. 278.

9) Siehe Hommel Teutscher Flavius (3) S. 101, Claproth Vgl. Proz. Bd. 2 (4) § 424, W. H. Puchta Gerichtliche Klagen (2) S. 164/165, 236, A. C. J. Schmid Gem. ZivProz. Bd. 3 S. 348, Höpfner Beiträge Bd. 2 S. 34.

Digitized by Google

gleich der cautio de non amplius turbando nur sein Vermögen, nicht auch seine Person ergreifen. Die Geldstrafe war nach der Praxis des Reichskammergerichts zu gleichen Teilen an den Fiskus und an den Kläger gefallen[1], nach der späteren gemeinen Praxis fiel sie ganz dem Fiskus zu[2].

3.

Was für ein Bild zeigen uns die verschiedenen Kodifikationen, die in Deutschland in Kraft getreten sind?

Der codex Maximilianeus bavaricus civilis (1756) schloß sich eng an das gemeine Recht an, das er überdies als ergänzendes Recht aufrecht erhielt (cod. Max. I 2 § 9). Auch auf dem Gebiet der Unterlassungsklagen ließ er es so gut wie unverändert.

Zum Schutz einiger Rechte erkannte der codex Maximilianeus ausdrücklich Unterlassungsklagen an, nämlich zum Schutz des Eigentums (actio negatoria), der Dienstbarkeiten (actio confessoria) und anderer diesen nahestehender Gerechtigkeiten (actio confessoria utilis), der Stellung des redlichen Erwerbers eines solchen Rechts (actio Publiciana), des Sachbesitzes und der beschränkten Besitzrechte (Aktionen aus dem interdictum uti possidetis und dem interdictum utrubi).

Cod. Max. II 7 § 11 bestimmte: „Actio negatoria, wodurch Kläger dem Beklagten die angemaßte Dienstbarkeit oder andere dingliche Gerechtigkeit in dem Seinigen widerspricht, gehet 1mo dahin, daß . . . dem Gegenteile . . . alle weitere Anmaßung hierin untersagt werde".

Cod. Max. II 7 § 10: „Actio confessoria . . . 5to zielt diese Realaktion . . . auf Kaution de non turbando und Diktierung eines ergiebigen Pönfalls ab. . . . 7mo hat es mit der Actione confessoria utili, welche die römischen Rechte um anderer in alieno

---

1) Blum Processus cameralis tit. 77 num. 5, 50, Ludolf De iure camerali S. 278.

2) Hommel Teutscher Flavius (3) S. 101, W. H. Puchta Gerichtliche Klagen (2) S. 236.

Digitized by Google

zustehenden Gerechtigkeiten willen mitteilen, die nämliche Beschaffenheit".

Cod. Max. II 7 § 10: „6to muß der Kläger nicht nur Servitutem constitutam, sondern auch in Realdienstbarkeiten das Eigentum des Praedii dominantis oder wenigstens den rechtmäßigen Besitz desselben beweisen" (actio Publiciana).

Cod. Max. II 5 § 12: „Wird man seines Inhabens nicht gänzlich entsetzt, sondern nur darin gestört und beunruhiget, so kann man in unbeweglichen und unkörperlichen Dingen ex interdicto uti possidetis, in beweglichen aber ex interdicto utrubi den Störer dahin aktionieren, daß er fürs Künftige von weiterer Turbation abstehe, auch genugsam Kaution derentwegen leiste . . . ".

Da der codex Maximilianeus das gemeine Recht als ergänzendes Recht bestehen ließ, kamen zu diesen Unterlassungsklagen die übrigen Unterlassungsklagen des gemeinen Rechts hinzu.

Nur die Unterlassungsklage zum Schutz des Besitzes der Grunddienstbarkeiten beseitigte der codex Maximilianeus. Cod. Max. II 7 § 9 bestimmte: „Soviel endlich 5to das Possessorium betrifft, worin man nur lediglich auf das Inhaben der Servitut klagt, hat solches in Grunddienstbarkeiten nicht statt, . . . welches sich aber 6to nur von Grunddienstbarkeiten allein . . . verstehet". Der Grund war ein eigenartiger, nämlich, daß „die Servitutsklagen gemeiniglich nur den Bauers- und gemeinen Mann betreffen, welchem schwer fällt, erstlich in Possessorio ordinario und hernach in Petitorio, mithin doppelt zu streiten" [1]. Doch hat Art. 26 des Gesetzes vom 29. April 1869, die Einführung einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern betreffend, diese Einschränkung wieder aufgehoben, so daß nunmehr dieselben Unterlassungsklagen gegeben waren wie nach gemeinem Recht.

Der Gedanke einer allgemeinen Unterlassungsklage tritt in der Praxis des codex Maximilianeus nirgends hervor.

Über die Voraussetzungen der Unterlassungsklagen bestimmte der codex Maximilianeus nichts Besonderes. Hier mußte

1) So der Verfasser des Gesetzbuchs, v. Kreittmayr, in seinen Anmerkungen über den codicem Maximilianeum bavaricum civilem, zu cod. Max. II 7 § 9.

Digitized by Google

daher das gemeine Recht zur Anwendung kommen, nach welchem diese Klagen durch die erfolgte Verletzung eines Privatrechts und die Gefahr weiteren verletzenden Tuns bedingt waren.

Was das Ziel der Unterlassungsklagen anlangt, so finden sich im codex Maximilianeus allerdings einige Äußerungen, aber wir können nichts mit ihnen anfangen. Cod. Max. II. 7 § 11 sagt für die actio negatoria nur, daß auf Unterlassung geklagt werden könne. Nach cod. Max. II 5 § 12 gehen die Aktionen aus dem interdictum uti possidetis und dem interdictum utrubi auf Unterlassung und cautio de non amplius turbando. Nach cod. Max. II 7 § 10 geht die actio confessoria auf cautio de non amplius turbando und Androhung einer Strafe.

Wir können nicht annehmen, daß das Gesetzbuch das Ziel der Unterlassungsklage für die actio negatoria, die Aktionen aus dem interdictum uti possidetis und dem interdictum utrubi und die actio confessoria habe verschieden bestimmen und den Dienstbarkeitsberechtigten stärker als den Besitzer, diesen aber stärker als den Eigentümer habe schützen wollen. Die verschiedene Fassung der einzelnen Unterlassungsklagen beruht vielmehr darauf, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Unterlassungsklagen nicht im Zusammenhang betrachtete, daß er sich außerdem in einer Übergangszeit, in der im gemeinen Recht die Richtung der Unterlassungsklagen auf Auferlegung einer cautio de non amplius turbando gerade durch ihre Richtung auf Androhung einer Strafe verdrängt zu werden begann[1], von dem Ziel der Unterlassungsklagen keine recht feste Vorstellung machte, und daß er dieses Ziel infolgedessen bei der einen Unterlassungsklage so, bei der andern anders bezeichnete. Die Ungleichmäßigkeit, mit der der codex Maximilianeus das Ziel der Unterlassungsklagen bezeichnet, ist der beste Beweis, daß er gar nicht die Absicht hatte, dieses Ziel dem gemeinen Recht gegenüber selbständig zu bestimmen[2], und deshalb mußte für das Ziel der Unterlassungsklagen ebenso wie für ihre Voraussetzungen das gemeine Recht maßgebend bleiben. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts

1) Siehe oben S. 33/38.

2) Das zeigen auch die Bemerkungen des Verfassers v. Kreittmayr in seinen Anmerkungen über den codicem Maximilianeum bavaricum civilem, zu cod. Max. II 5 § 10, II 7 § 10 und II 7 § 11.

Digitized by Google

gingen daher die Unterlassungsklagen auch nach dem Recht des codex Maximilianeus sämtlich auf ein Unterlassungsgebot und die Androhung einer an den Fiskus zu zahlenden Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung.

4.

Das preußische allgemeine Landrecht (1794) war zum ersten Mal ein dem gemeinen Recht gegenüber selbständiges Gesetzbuch, das namentlich auch dessen ergänzende Geltung beseitigte (Publikationspatent vom 5. Februar 1794 § I). Bei den Unterlassungsklagen ist es indessen im wesentlichen auf dem Boden des gemeinen Rechts geblieben.

Ausdrücklich gewährte es nur eine einzige Unterlassungsklage, zum Schutz des Sachbesitzes und der mit diesem gemeinsam behandelten sonstigen Besitzrechte.

ALR. I. 7 § 151 bestimmte: „Der Richter muß den Gestörten durch Androhung verhältnismäßiger Strafe gegen den Störer und nötigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung gegen fernere Beeinträchtigungen schützen". Daß damit eine Unterlassungsklage anerkannt sein sollte[1], folgt aus I. 24 § 54 der allgemeinen Gerichtsordnung, wo eine solche als bestehend vorausgesetzt wird.

Indessen muß man im Sinne des Gesetzbuchs annehmen, daß es die dinglichen Vollrechte in gleicher Weise schützte: es wäre sinnlos gewesen, dem Gestörten zwar auf Grund seines Besitzes eine Unterlassungsklage zu geben, sie ihm dagegen auf Grund seines Eigentums zu versagen[2].

---

1) Darüber besteht keine Meinungsverschiedenheit. Siehe Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 158 zu Note 26, Förster-Eccius Preuß. PrivR. (4) Bd. 3 § 162 Note 78, Bd. 2 § 136 Note 17, Rehbein u. Reincke ALR. Bd. 1 (5) S. 280 Note 60a.

2) Daran hat man nie gezweifelt. Zum Schutze des Eigentums wurde eine Unterlassungsklage z. B. anerkannt von Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 250 zu Note 13, Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 3 (4) § 136 Note 17, Förster Klage und Einrede S. 312, Koch ProzPrax. S. 172, 175, Rehbein Entsch. d. ObTrib. Bd. 2 S. 802/803 Note, ferner in den Entscheidungen des Obertribunals vom 1. Dezember 1854 (Striethorsts Arch. Bd. 16 Nr. 17), vom

Die Praxis hat dann aber Unterlassungsklagen auch zum Schutz einiger anderer Rechte gewährt, ohne sich viel um eine Begründung aus dem Gesetzbuch zu bemühen, einfach im Anschluß an das gemeine Recht.

So zum Schutz des Namenrechts. Das Obertribunal billigte am 27. Oktober 1847[1] ein Urteil, durch das der Beklagte, der den Namen des Klägers in seine Firma aufgenommen hatte, verurteilt worden war, sich der Führung dieses Namens in seiner Firma gänzlich zu enthalten, und im gleichen Sinne entschied am 5. April 1883 in einer landrechtlichen Sache das Reichsgericht[2].

Zum Schutz der väterlichen Gewalt. Das Appellationsgericht zu Magdeburg[3] verurteilte auf die Klage eines Vaters, dessen Tochter sich wider seinen Willen zu einer Verwandten begeben hatte, diese, die Tochter nicht länger bei sich aufzunehmen und ihre Zurückführung nicht zu hindern.

Zum Schutz eines vertraglichen Forderungsrechts. Das Obertribunal erklärte am 11. Juni 1874[4] die Klage einer Stadtgemeinde gegen eine Eisenbahngesellschaft für rechtlich zulässig, die darauf ging, Beklagte solle gemäß der von ihr in einem Vertrage eingegangenen Verpflichtung verurteilt werden, sich auf einer Verbindungslinie jeder Beförderung von Personen sowie zu bestimmten Stunden auch der Gepäck- und Güterbeförderung bei Strafe zu enthalten.

---

16. Januar 1855 (Striethorsts Arch. Bd. 15 Nr. 70), vom 2. Januar 1862 (Striethorsts Arch. Bd. 44 Nr. 34), vom 20. Februar 1873 (Striethorsts Arch. Bd. 88 Nr. 23), vom 27. Februar 1873 (Striethorsts Arch. Bd. 88 Nr. 28). Zum Schutz der beschränkten dinglichen Rechte von Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 277 nach Note 17, § 250 Note 7, Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 3 (4) § 184 zu Note 33, § 181 nach Note 28, Rehbein Entsch. d. ObTrib. Bd. 2 S. 740, 809, Bd. 3 S. 402 in den Noten, Koch ProzPrax. S. 257, 259, 260, 261. Zum Schutz der Stellung des redlichen Erwerbers von Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (4) § 156 zu Note 4, § 250 zu Note 16, § 277 zu Note 4, Rehbein Entsch. d. ObTrib. Bd. 1 S. 730/731, Bd. 3 S. 402 in den Noten, Rehbein u. Reincke ALR. Bd. 1 (5) S. 283 Note 66, Koch ProzPrax. Bd. 1 S. 176, 255.

1) Entsch. d. ObTrib. Bd. 15 Nr. 35.

2) JustMinBl. Bd. 46 S. 37.

3) Striethorsts Arch. Bd. 88 Nr. 17.

4) Entsch. d. ObTrib. Bd. 72 Nr. 40.

Digitized by Google

Hierbei ist man stehen geblieben. Zur Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungsklage ist die Praxis des allgemeinen Landrechts nicht gelangt. Das Reichsgericht hat zwar in seinem Urteil vom 11. November 1902[1] den Satz aufgestellt, nach allgemeinem Landrecht habe jede unerlaubte Handlung, wenn ihre Fortsetzung oder Wiederholung in der Zukunft drohte, eine Unterlassungsklage erzeugt. Es hat aber diese Behauptung nicht genügend begründet, und seine Entscheidung konnte in einem Zeitpunkt, wo bereits das Bürgerliche Gesetzbuch galt, überhaupt keine Bedeutung mehr erlangen.

Die Unterlassungsklagen des allgemeinen Landrechts hatten zur Voraussetzung die Verletzung eines Privatrechts und die Gefahr weiteren verletzenden Tuns[2]. Nicht nur das erste, sondern auch das zweite kommt in ALR. I. 7 § 151 zum Ausdruck: von einem Schutz gegen fernere Beeinträchtigungen kann nur die Rede sein, wo die Gefahr solcher Beeinträchtigungen besteht.

Das Ziel war, daß dem Beklagten die Unterlassung künftiger Verletzungen geboten und für den Fall der Zuwiderhandlung eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe angedroht wurde. Man hat sich meist damit begnügt, gemäß ALR. I. 7 § 151 die Androhung einer Strafe als Ziel der Klage zu bezeichnen, die Art dieser Strafe aber im Dunkeln gelassen[3]. Förster[4] spricht nur

1) Jurist. Wochenschr. 1903 Beil. S. 11.

2) Ebenso Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) § 158 zu Note 21, Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 3 (4) § 181 zu Note 18, die Entscheidung des Obertribunals vom 27. Februar 1872 (Striethorsts Arch. Bd. 84 Nr. 51) und das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 6. Dezember 1879 (Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 425).

3) So, vor der Zivilprozeßordnung, Koch ALR. Bd. 1[1] (5) S. 354 Note 926, ProzPrax. Bd. 1 S. 147, 148, 172, 175, 259, 260, 261, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (1) § 158 nach Note 18, § 250 bei Note 12, § 277 bei Note 18, die Erkenntnisse des Obertribunals vom 28. September 1855 (Striethorsts Arch. Bd. 18 Nr. 38), vom 2. Januar 1862 (Striethorsts Arch. Bd. 44 Nr. 34), vom 20. Februar 1873 (Striethorsts Arch. Bd. 88 Nr. 23) und die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. Dezember 1898 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 42 Nr. 107).

4) Förster Preuß. PrivR. Bd. 3 (3) § 162 zu Note 77.

Digitized by Google

von Geldstrafen, dagegen behauptet Menger[1], es hätten auch Freiheitsstrafen angedroht werden können: eine Begründung gibt keiner von beiden. Wir haben keinen Grund zu der Annahme, daß das allgemeine Landrecht hier vom gemeinen Recht habe abweichen wollen, und so enthalten denn auch die Verurteilungen zu einer Unterlassung, die wir in der preußischen Praxis finden, nie etwas anderes als die Androhung einer Geldstrafe.

5.

Der code civil, der 1803 und 1804 erlassen, bis 1810 in zahlreichen gegenwärtig deutschen Gebieten eingeführt, in Baden 1809 in einer erweiterten Übersetzung als badisches Landrecht veröffentlicht wurde, war ebenfalls ein Gesetzbuch, das dem gemeinen Recht selbständig gegenüberstand, ihm auch keine ergänzende Geltung beließ (Art. 7 des Gesetzes vom 30. Ventose des Jahres 12). Seine Selbständigkeit zeigte er auch bei den Unterlassungsklagen, er erwähnte sie gar nicht.

Mit Unrecht glauben viele, daß Art. 5 c. civ. hier in Betracht komme.

Art. 5 c. civ. lautet: „Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises". Nach den meisten Schriftstellern und auch nach einigen Erkenntnissen soll diese Vorschrift bedeuten, daß der Richter keinerlei Bestimmung für die Zukunft treffen und daher namentlich auch keine künftigen Rechtsverletzungen untersagen könne[2]. Eine Minderheit von Schriftstellern und der weitaus größte Teil der Praxis vertritt dagegen die Auffassung, die Vorschrift verbiete dem Richter lediglich, bei Gelegenheit der Entscheidung eines Einzel-

1) Menger im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 55 S. 391.

2) So Laurent Principes de droit civil Bd. 1 Nr. 264, 266, 267, Bd. 20 Nr. 142/147, Supplément Bd. 1 Nr. 94, Bd. 5 Nr. 469, Huc Code civil Bd. 1 Nr. 185, Nouguier Brevets d'invention (2) Nr. 1042, Braun Marques de fabrique Nr. 236, Blanc De la contrefaçon S. 686, die Entscheidungen des Appellhofs Paris vom 25. November 1836 (Sirey Recueil 1836 Tl. 2 S. 529) und vom 4. Dezember 1841 (Dalloz Répertoire Bd. 29 S. 280) und des Appellhofs Aix vom 25. Februar 1847 (Sirey Recueil 1847 Tl. 2 S. 234).

Digitized by Google

falles Rechtssätze aufzustellen[1]. Behauptung steht gegen Behauptung, erhebliche Gründe aber werden auf keiner von beiden Seiten gegeben.

Es unterliegt keinem Zweifel, welche von beiden Ansichten die richtige ist. Die Meinung, daß nach Art. 5 der Richter keinerlei Bestimmung für die Zukunft treffen könne, würde, zu Ende gedacht, zu einem ganz sinnlosen Ergebnis führen.

Jedes Urteil, das auf irgend eine Leistungsklage ergeht, bezieht sich auf die Zukunft. Der Richter hat nicht die Aufgabe, eine Tatsache der Vergangenheit oder der Gegenwart theoretisch festzustellen, etwa daß jemandem seine Sache rechtswidrig weggenommen worden ist oder daß jemand gegen einen andern eine Darlehensforderung hat. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, ein bestimmtes Verhalten für die Zukunft vorzuschreiben, z. B. die Zurückgabe der Sache oder die Bezahlung der Forderung anzuordnen. Gesetzgeber und Richter unterscheiden sich nicht dadurch, daß jener für die Zukunft, dieser dagegen für die Vergangenheit Vorschriften erließe[2]. Sondern beide erlassen Vorschriften für die Zukunft, aber der Gesetzgeber schreibt vor, was in einer ganzen Gattung von Fällen, der Richter, was demgemäß in einem Einzelfalle zu geschehen hat. Daher sind nicht nur die Urteile, die jemandem eine künftige Rechtsverletzung untersagen, Vorschriften für die Zukunft, sondern auch die Urteile, die ihm die Ausgleichung einer vergangenen Rechtsverletzung gebieten, und wenn der Richter

1) So G. Mayer Concurrence déloyale et contrefaçon Nr. 39, Pouillet Brevets d'invention (4) Nr. 1001, Marques de fabrique (4) Nr. 296 und die Entscheidungen des französischen Kassationshofes vom 16. März 1831 (Sirey Recueil 1835 Tl. 1 S. 207), vom 2. April 1845 (Sirey Recueil 1845 Tl. 1 S. 509), vom 3. August 1852 (Sirey Recueil 1852 Tl. 1 S. 651), vom 6. Juni 1859 (Sirey Recueil 1859 Tl. 1 S. 657), vom 5. Juli 1865 (Sirey Recueil 1865 Tl. 1 S. 441), vom 11. November 1884 (Sirey Recueil 1885 Tl. 1 S. 451), vom 13. Dezember 1886 (Sirey Recueil 1887 Tl. 1 S. 176), vom 23. Juni 1890 (Sirey Recueil 1893 Tl. 1 S. 519) und vom 12. März 1900 (Sirey Recueil 1900 Tl. 1 S. 341) sowie das Urteil des belgischen Kassationshofs vom 15. März 1883 (Sirey Recueil 1883 Tl. 4 S. 23).

2) „La législation règle l'avenir; il ne lui est pas permis de régler le passé. Le juge règle le passé; il ne lui est pas permis de disposer pour l'avenir“, meint Laurent Principes de droit civil Bd. 1 Nr. 264, und ähnlich äußert sich Huc Code civil Bd. 1 Nr. 185.

Digitized by Google

nach Art. 5 nichts für die Zukunft vorschreiben könnte, so könnte er überhaupt nicht zu etwas verurteilen.

Unter diesen Umständen dürfen wir nicht annehmen, daß Art. 5 wirklich den Sinn habe, jede richterliche Anordnung für die Zukunft auszuschließen. Seine Entstehungsgeschichte zeigt denn auch deutlich, daß er eine ganz andere Bedeutung hat.

Art. 5 hatte in seiner ersten Fassung gelautet: „Il est défendu aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition générale et réglementaire“. Der Zweck dieser Bestimmung war, eine authentische Interpretation der Gesetze durch die Gerichte, wie sie in Frankreich früher stattgefunden hatte, zu verhindern und damit die Trennung der Gewalten zu sichern. Dies wurde bei der Beratung des Entwurfs durch den Staatsrat am 14. Thermidor des Jahres 9 (2. August 1801) von mehreren Seiten hervorgehoben[1].

Jedoch machte sich in derselben Sitzung des Staatsrats der Zweifel geltend, ob nicht der Artikel so mißverstanden werden könne, als ob dem Richter auch die wissenschaftliche Interpretation verboten sei; nur mit Rücksicht hierauf beschloß der Staatsrat in seiner Sitzung vom 4. Fruktidor 9 (22. August 1801) die Fassung: „Il est défendu aux juges, de prononcer sur les causes qui leur sont soumises, par voie de disposition générale et réglementaire“[2]. Der Sinn, den man mit der Bestimmung verband, blieb aber der gleiche. In der Rede, mit der er den Entwurf am 3. Frimaire des Jahres 10 (24. November 1801) im Auftrage der Regierung dem gesetzgebenden Körper vorlegte, sagte der Staatsrat Portalis zur Begründung: „Les juges sont, à certains égards, associés à l'esprit de législation, mais ils ne peuvent partager le pouvoir législatif; ils ne peuvent donc, dans leur jugements, se permettre aucune disposition réglementaire“[3]. Und nachdem der gesetzgebende Körper den Entwurf dem Tribunat zur Begutachtung vorgelegt hatte, erklärte in der Sitzung des Tribunats vom 18. Frimaire 10 (9. Dezember 1801) der Tribun Ludot: „L'article 7“, dies war damals die Nummer, „qui défend aux juges de prononcer sur les causes qui leur sont soumises, par voie de dispo-

1) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 20/22.
2) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 21/22, 30/31.
3) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 51.

Digitized by Google

sition générale et réglementaire, est une conséquence de la nature de notre gouvernement et du pouvoir judiciaire. La formation de la loi appartient exclusivement à la puissance législative. Les juges chargés de l'appliquer aux contestations des particuliers, dont la connaissance leur est attribuée, excéderaient les limites de leurs fonctions, si, prononçant sur les différents des citoyens entre eux, leur décision tendait, sous quelque rapport que ce fût, à obliger d'autres justiciables que ceux sur l'intérêt desquels ils prononcent. Le pouvoir des juges ne serait plus ce qu'il doit être, une émanation du pouvoir exécutif, mais une superfétation du pouvoir législatif. Les tribunaux réuniraient alors le double droit de faire des lois et de les appliquer; monstruosité qu'on n'a vu exister que dans un très-petit nombre de gouvernements despotiques, et que l'article en question veut prévenir"[1]. In der darauf anberaumten Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 24. Frimaire 10 (15. Dezember 1801) erklärte im gleichen Sinne der Staatsrat Berlier über das Verbot des damaligen Art. 7: „Voilà le point par lequel les tribunaux eussent pu rivaliser avec le pouvoir législatif; et loin que cette voie leur soit ouverte, elle leur est au contraire formellement interdite"[2].

In seiner Sitzung vom 29. Vendémiaire des Jahres 11 (21. Oktober 1802) beschloß endlich der Staatsrat die heutige, nur durch eine Umstellung der Worte stilistisch verbesserte Fassung des Artikels[3], den man immer im gleichen Sinne verstand. Am 4. Ventose 11 (23. Februar 1803) vertrat der Staatsrat Portalis im Auftrage des ersten Konsuls wiederum den Entwurf vor dem gesetzgebenden Körper. Dabei sagte er über den nunmehrigen Art. 5: „Un juge est associé à l'ésprit de législation: mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature. Or le juge deviendrait législateur, s'il pouvait, par des réglements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient.

1) **Fenet** Travaux préparatoires Bd. 6 S. 109.
2) **Fenet** Travaux préparatoires Bd. 6 S. 335.
3) **Fenet** Travaux préparatoires Bd. 6 S. 344.

Digitized by Google

Un réglement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même"[1]. Wieder ging der Entwurf zur gutachtlichen Äußerung an das Tribunat. In dessen Sitzung vom 9. Ventose 11 (28. Februar 1803) erklärte der Tribun Grenier: „Quant à l'article 5, il est une conséquence de la division des pouvoirs"[2], und in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 14. Ventose 11 (5. März 1803) äußerte der vom Tribunat mit der Berichterstattung betraute Tribun Faure: „Suivant l'article 5 les juges ne doivent pas s'ériger en législateurs"[3]. In dieser Sitzung wurde der Entwurf angenommen.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel: Art. 5 untersagt den Richtern lediglich, bei Entscheidung eines einzelnen Rechtsstreites allgemeine Grundsätze über die Entscheidung einer ganzen Gattung von Rechtsstreitigkeiten aufzustellen, nicht aber, in den Grenzen des vorliegenden Rechtsstreites etwas zu gebieten oder zu verbieten.

Der code civil hat also die Unterlassungsklagen in keiner Weise berührt, weder indem er irgend eine von ihnen anerkannte, noch indem er sie durch Art. 5 ausschloß. Diese Schweigsamkeit des Gesetzbuchs ist aber der Entwicklung von Unterlassungsklagen nicht hinderlich, sondern förderlich gewesen. Sie hat die Praxis befähigt, ohne ängstliche Gebundenheit an Analogien in weitem Umfang Unterlassungsklagen anzuerkennen. Hierbei hat sich die Praxis der verschiedenen Gebiete, in denen der code civil eingeführt wurde, ziemlich gleichmäßig beteiligt, beständig ist in dem einen Gebiet auf die Entscheidungen des andern Bezug genommen worden, und so dürfen wir die Ergebnisse dieser Praxis denn auch für den ganzen Geltungsbereich des code civil zusammenfassen.

Das Recht des code civil zeigt uns eine Fülle von Unterlassungsklagen. Namentlich zum Schutz dinglicher Rechte erkannte man Unterlassungsklagen an.

So zum Schutz des Eigentums, und zwar gegenüber Eingriffen aller Art, auch solchen, die sich weder auf ein Recht stützten noch auch nur stützen konnten. So verurteilte z. B. das

1) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 361.
2) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 376.
3) Fenet Travaux préparatoires Bd. 6 S. 388.

Digitized by Google

Appellationsgericht Köln am 16. März 1848[1] einen Beklagten dazu, keine Sprengungen derart vorzunehmen, daß dabei Steine auf das Grundstück des Klägers niederfielen. Das Kreis- und Hofgericht Freiburg erkannte am 20. April 1869[2] einen Beklagten für schuldig, jede weitere Eigentumsstörung an der Matte des Klägers bei Vermeidung einer diesem zufallenden Geldstrafe von 50 fl. für jeden Übertretungsfall zu unterlassen. Das Appellationsgericht Zweibrücken verbot in seinem Urteil vom 17. März 1874[3] dem Beklagten, einen dem Kläger gehörigen Weg zu begehen. Das Reichsgericht bestätigte am 8. Januar 1897[4] ein Erkenntnis des Oberlandesgerichts Karlsruhe, das dem Beklagten den Weiterbetrieb eines Bordells verboten hatte. Entscheidungen, durch die auf Grund des Eigentums zu einer Unterlassung verurteilt oder wenigstens eine Unterlassungsklage grundsätzlich anerkannt wurde, erließen ferner das Appellationsgericht Köln am 27. März 1839[5] und am 1. Juli 1846[6], das Reichsgericht in zwei badischen Sachen am 11. November 1881[7] und am 13. Dezember 1883[8] sowie in einer rheinpreußischen Sache am 13. Dezember 1883[9], der französische Kassationshof am 23. Juni 1890[10], das Oberlandesgericht Köln am 14. Juni 1897[11].

In gleicher Weise wurde zum Schutz der Dienstbarkeiten eine Unterlassungsklage anerkannt. Der französische Kassationshof billigte in seinem Urteil vom 13. Dezember 1886[12] ein Erkenntnis, durch das der Beklagte verurteilt worden war, den Kläger künftig nicht mehr an der Ausübung einer ihm zustehenden Wegegerechtigkeit zu hindern und für jede Zuwiderhandlung 5 Fr. zu bezahlen, und das Appellationsgericht zu Köln erkannte es am

1) Rhein. Arch. Bd. 43 Tl. 1 S. 81.
2) Bad. Ann. Bd. 35 S. 360.
3) Ztschr. f franz. ZivR. Bd. 5 S. 296.
4) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 99.
5) Rhein. Arch. Bd. 28 Tl. 1 S. 184.
6) Rhein. Arch. Bd. 40 Tl. 1 S. 241.
7) Bad. Ann. Bd. 48 S. 167.
8) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 11 Nr. 79.
9) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 11 Nr. 80.
10) Sirey Recueil 1893 Tl. 1 S. 519
11) Rhein. Arch. Bd. 92 Tl. 1 S. 120.
12) Sirey Recueil 1887 Tl. 1 S. 176.

Digitized by Google

3. Juni 1874[1] als zulässig an, daß zum Schutz einer Wasserschöpfgerechtigkeit dem Beklagten verboten werde, Wasser aus dem der Dienstbarkeit unterliegenden Bache abzuleiten.

Ebenso zum Schutz des Sachbesitzes. Der französische Kassationshof bestätigte am 12. März 1900[2] ein Erkenntnis, das dem Beklagten die künftige Störung des Besitzes an einem Grundstück durch Zuleitung von Fäkalien in ein das Grundstück durchfließendes Gewässer bei Strafe von 10 Fr. für jede Zuwiderhandlung verboten hatte, und im gleichen Sinne erkannte am 10. Januar 1843 das Oberhofgericht zu Mannheim[3].

Desgleichen zum Schutz der beschränkten Besitzrechte. Der französische Kassationshof billigte am 3. August 1852[4] ein Urteil, das zum Schutz einer bestimmten Benutzung eines Privatflusses dem Oberlieger bei Strafe von 50 Fr. für jede Zuwiderhandlung verboten hatte, das Wasser jemals über einen bestimmten Punkt hinaus zu stauen. Das Landgericht Köln verbot am 21. Januar 1888[5] zum Schutz eines Rechtes der gleichen Art dem Beklagten, das Wasser des in Betracht kommenden Baches zur Bewässerung von Wiesen zu verwenden, ohne daß alles dieses Wasser an einem bestimmten Punkte wieder in den Bach zurückgeleitet werde. Im gleichen Sinne erkannte auch das Oberlandesgericht Köln am 7. Mai 1890[6].

Auch zum Schutz mannigfacher Rechte an unkörperlichen Gütern erkannte man Unterlassungsklagen an.

So zum Schutz des Namenrechtes. Das Appellationsgericht Köln verbot in seinem Urteil vom 5. Juli 1832[7] dem Beklagten, sich des Namens der Kläger zu einem bestimmten Gewerbebetriebe zu bedienen, und erkannte im gleichen Sinne am 11. Juli 1855[8]. Der Appellhof Rennes untersagte am 20. April

1) Rhein. Arch. Bd. 66 Tl. 1 S. 12.
2) Sirey Recueil 1900 Tl. 1 S. 341.
3) Seufferts Arch. Bd. 1 Nr. 60.
4) Sirey Recueil 1852 Tl. 1 S. 652.
5) Rhein. Arch. Bd. 80 Tl. 1 S. 72.
6) Rhein. Arch. Bd. 82 Tl. 2 S. 52.
7) Rhein. Arch. Bd. 16 Tl. 1 S. 251.
8) Rhein. Arch. Bd. 51 Tl. 1 S. 72.

Digitized by Google

1880[1] den Gebrauch eines bestimmten Namens bei Strafe von 100 Fr. Schadenersatz für jede Zuwiderhandlung. Das tribunal civil de la Seine verbot am 30. März 1882[2] einem Schriftsteller, einen bestimmten Namen weiter als Pseudonym zu verwenden, und am 15. Februar 1882[3] einem solchen, sich eines bestimmten Namens weiter zur Bezeichnung einer Romanfigur zu bedienen. Der Appellhof Paris verurteilte am 12. Dezember 1857 einen Beklagten, den Gebrauch eines vom Kläger geführten Pseudonyms zu unterlassen und für jede Zuwiderhandlung 50 Fr. zu zahlen, und der Kassationshof erklärte am 6. Juni 1859 diese Verurteilung für rechtlich möglich[4].

Desgleichen erkannte man eine Unterlassungsklage zum Schutz des Firmenrechts an. Das Appellationsgericht Köln verurteilte in einem Erkenntnis vom 11. Juli 1855[5] die Beklagten, sich der Führung der Firma der Kläger zu enthalten, und im gleichen Sinne entschied am 7. Januar 1884 der französische Kassationshof[6].

Ebenso zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen. Das Appellationsgericht Köln untersagte den ferneren Gebrauch eines Warenzeichens in seinem Urteil vom 17. Februar 1834[7], und ebenso erkannte der Appellhof Paris in seinem Urteil vom 27. Dezember 1893[8], das der Kassationshof am 18. März 1895[9] bestätigte.

Auch zum Schutz des Urheberrechts an einem Schriftwerk fand eine Unterlassungsklage Anerkennung. Der Appellhof Paris untersagte in seinem Urteil vom 20. Februar 1872[10] dem Beklagten, ein Buch weiter in den Verkehr zu bringen, und in seinem Erkenntnis vom 25. Januar 1900[11] verbot derselbe Gerichtshof, daß

1) Sirey Recueil 1881 Tl. 2 S. 30.
2) Sirey Recueil 1884 Tl. 2 S. 22.
3) Sirey Recueil 1884 Tl. 2 S. 21.
4) Sirey Recueil 1859 Tl. 1 S. 657.
5) Rhein. Arch. Bd. 51 Tl. 1 S. 72.
6) Sirey Recueil 1886 Tl. 1 S. 254.
7) Rhein. Arch. Bd. 20 Tl. 1 S. 56.
8) Sirey Recueil 1895 Tl. 2 S. 146.
9) Sirey Recueil 1895 Tl. 1 S. 319.
10) Sirey Recueil 1873 Tl. 2 S. 273.
11) Sirey Recueil 1900 Tl. 2 S. 227.

Digitized by Google

die Veröffentlichung eines in Lieferungen erscheinenden Romans fortgesetzt werde.

Gleichfalls zum Schutz des Patentrechts. Der französische Kassationshof billigte am 11. März 1867[1] ein Urteil, das den Beklagten verboten hatte, unter Verletzung eines Patents gewisse Gegenstände herzustellen.

Weiter zum Schutz des Verhältnisses zwischen Mutter und Kind. Der belgische Kassationshof bestätigte am 15. März 1883[2] ein Erkenntnis, das einem von Tisch und Bett getrennten Ehemann untersagt hatte, seine Frau zu verhindern, daß sie ihr Kind alle vierzehn Tage besuche, und ihn zugleich zu 1000 Fr. Schadenersatz für jede Zuwiderhandlung verurteilt hatte.

Besonders häufig wurde zum Schutz der Absatzbeziehungen des Gewerbtreibenden, zur Verhinderung unlauteren oder sonstigen unerlaubten Wettbewerbes, eine Unterlassungsklage anerkannt. So billigte das Reichsgericht am 13. November 1885[3] ein Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe, das die Beklagten verurteilt hatte, sich bei Vermeidung einer Geldstrafe von 200 Mark für jeden Fall des Zuwiderhandelns beim Betriebe ihres Gasthofs in Heidelberg der Bezeichnungen „Grand Hotel, Backs Grand Hotel, Grand Hotel Back, Backs Hotel, Hotel Back", insbesondere der Annahme von Briefen, Telegrammen, Gepäck- und Frachtstückſendungen unter dieser Adresse, zu enthalten, und im gleichen Sinne hatte bereits am 30. Juli 1857[4] das Appellationsgericht Köln erkannt. Das Oberlandesgericht Karlsruhe verbot in seinem Urteil vom 27. Oktober 1891[5] dem Beklagten, sich beim Gebrauch seiner Firma der Zusätze „gegründet 1830, ältestes Etablissement" zu bedienen, bei Vermeidung einer Geldstrafe von 1000 Mark für jeden einzelnen Fall des Zuwiderhandelns. Der Appellhof Orléans untersagte am 12. Februar 1890[6] dem Beklagten, sich künftig noch einmal die Bezeichnung „Filiale" in einer zur Herbei-

1) Annales de la propriété industrielle 1867 S. 122.
2) Sirey Recueil 1883 Bd. 4 S. 23.
3) Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 16 S. 548.
4) Rhein. Arch. Bd. 53 Tl. 1 S. 48.
5) Ztschr. f franz. ZivR. Bd. 23 S. 233.
6) Sirey Recueil 1894 Tl. 1 S. 433.

Digitized by Google

führung von Verwechselungen geeigneten Weise beizulegen. Das tribunal commercial de la Seine verbot am 1. März 1867[1] dem Beklagten, sich in Zukunft als einzigen Inhaber einer Medaille zu bezeichnen, und verurteilte ihn zugleich zu 50 Fr. Schadenersatz für jede künftige Zuwiderhandlung. Der französische Kassationshof billigte am 15. Juli 1879 ein Erkenntnis des Appellhofs Amiens[2], das dem Beklagten untersagt hatte, den eigenen Namen anders als in einer ganz bestimmten, Verwechselungen ausschließenden Art auf Waren anzubringen, und erkannte am 1. März 1893[3] und am 18. März 1895[4] auch in anderen Sachen in diesem Sinne. Am 5. Juli 1865 bestätigte der französische Kassationshof[5] ein Urteil, das auf die Klage geschädigter Gewerbtreibender einer Eisenbahngesellschaft die Fortsetzung eines von ihr unerlaubterweise betriebenen Kohlenhandels untersagt hatte, und der Appellhof Paris verbot am 14. Januar 1862[6] auf die Klage eines geschädigten Gewerbtreibenden, daß der von einem Weinwirt ohne Erlaubnis betriebene Verkauf von Speisen weiter stattfinde.

Auch zum Schutz des Persönlichkeitsrechts erkannte man hier und da eine Unterlassungsklage an.

Der Appellhof Paris verbot in seinem Urteil vom 25. Mai 1867[7] auf die Klage von Alexander Dumas einem Photographen, gewisse Photographien, die den Dichter teils allein, teils zusammen mit einer Dame darstellten, weiter zu verkaufen oder sonst in Verkehr zu bringen, bei Strafe vollen Schadenersatzes. Der Appellhof Brüssel verurteilte in seinem Erkenntnis vom 26. Dezember 1888[8] den Besitzer eines Panoptikums, der die Wachsfigur eines verurteilten Verbrechers im „Verbrecherkabinett" ausgestellt hatte, auf die Klage von dessen Tochter, die Figur nicht weiter auszustellen und widrigenfalls für jeden Tag 50 Fr. Schadenersatz zu leisten.

1) Annales de la propriété industrielle 1867 S. 383.
2) Sirey Recueil 1878 Tl. 2 S. 247, 1879 Tl. 1 S. 348.
3) Sirey Recueil 1893 Tl. 1 S. 125.
4) Sirey Recueil 1895 Tl. 1 S. 319.
5) Sirey Recueil 1865 Tl. 1 S. 441.
6) Annales de la propriété industrielle 1862 S. 203.
7) Sirey Recueil 1868 Tl. 2 S. 41.
8) Sirey Recueil 1891 Tl. 4 S. 35.

Digitized by Google

Endlich fanden auch zum Schutz von Forderungsrechten vielfach Unterlassungsklagen Anerkennung.

So zum Schutz der gesetzlichen Forderungsrechte auf Betretung eines fremden Grundstücks. Das Appellationsgericht Köln verurteilte am 14. Juli 1831[1] einen Grundeigentümer, einem Nachbarn zum Zweck der Ausbesserung seiner Mauer das Betreten des Grundstücks zu gestatten.

Namentlich aber zum Schutz der vertraglichen Forderungsrechte auf Unterlassung einer bestimmten Gewerbetätigkeit. Auf Grund einer in einem Dienstvertrag eingegangenen Verpflichtung verurteilte das Oberlandesgericht Kolmar am 4. November 1885[2] den Beklagten, in Zukunft kein Geschäft von einer gewissen Art in Elsaß-Lothringen zu begründen, und in demselben Sinne erkannten der Appellhof Paris am 23. Juni 1882[3], das Oberlandesgericht Karlsruhe am 15. Mai 1890[4], der französische Kassationshof am 7. Juli 1898[5], das Oberlandesgericht Köln am 29. November 1898[6], der Appellhof Bourges am 21. Dezember 1898[7]. Auf Grund einer in einem Kaufvertrag begründeten Verpflichtung verbot der Appellhof Paris am 23. November 1886[8] dem Beklagten, in Paris und im Seinedepartement künftig eine bestimmte Art von Gegenständen herzustellen und feilzuhalten, bei Strafe einer für jede Zuwiderhandlung zu zahlenden Straffumme, und ebenso erkannte dies Gericht in einer anderen Sache am 4. Dezember 1889 sowie der französische Kassationshof am 21. Juli 1891[9], ebenso auch der Appellhof Lyon am 6. April 1892[10]. In gleicher Weise untersagte auf Grund einer in einem Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung der französische Kassationshof am 24. Februar 1862[11]

1) Rhein. Arch. Bd. 16 Tl. 1 S. 25.
2) Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 17 S. 658.
3) Sirey Recueil 1883 Tl. 2 S 13.
4) Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 23 S. 42.
5) Sirey Recueil 1898 Tl. 1 S. 520.
6) Rhein. Arch. Bd. 94 Tl. 1 S. 195.
7) Sirey Recueil 1899 Tl. 2 S. 70.
8) Annales de la propriété industrielle 1887 S. 115.
9) Sirey Recueil 1891 Tl. 1 S. 377.
10) Sirey Recueil 1893 Tl. 2 S. 219.
11) Sirey Recueil 1862 Tl 1 S. 241.

Digitized by Google

die Fortsetzung eines unternommenen Gewerbebetriebes sowie die Neubegründung eines gleichartigen Unternehmens, und ähnlich entschied dies Gericht in einer anderen Sache am 3. März 1868[1].

Man sollte denken, die Praxis des code civil, die ohne irgend eine gesetzliche Grundlage ein so reiches System von Unterlassungsklagen geschaffen hat, habe auch zur Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungsklage gelangen müssen.

Aber das ist nicht der Falle gewesen. Nur das deutsche Reichsgericht hat in zwei badischen Sachen, am 6. März 1890[2] und am 8. Januar 1897[3], den Satz aufgestellt, eine Klage auf Unterlassung einer unrechten Tat sei zulässig, wenn das unrechte Verhalten bereits verwirklicht worden sei und mit der Klage auf Unterlassung die Fortsetzung des unrechten Verhaltens verhütet werden solle. Aber es hat diesen Satz nicht genügend begründet, und die Praxis hat sich um ihn nicht gekümmert, ihn weder übernommen noch zu berichtigen gesucht. Wir sehen hier zugleich die Stärke und die Schwäche der französischen Jurisprudenz. Sie wird nicht leicht durch den Gedanken an allgemeine Grundsätze, weit- oder zuweitgehende Folgerungen in der Entwicklung wertvoller Einzelsätze behindert. Aber dafür gelangt sie freilich auch nur selten dazu, diese Einzelsätze zu einem geschlossenen, lebensvollen Ganzen zu vereinigen.

Zur Voraussetzung haben die Unterlassungsklagen nach dem Rechte des code civil, daß ein Privatrecht verletzt und ein weiteres verletzendes Tun zu befürchten ist.

Es wird uns von vorn herein nicht wahrscheinlich sein, daß der code civil im Gegensatz zu früheren Rechtsordnungen etwas so Hartes, wie Unterlassungsklagen ohne Rechtsverletzung oder etwas so Sinnloses wie Unterlassungsklagen ohne Gefahr eingeführt hätte. So hat denn auch die Praxis als Bedingung der Unterlassungsklagen immer das Vorliegen einer Rechtsverletzung und die Gefahr ihrer Fortsetzung oder Wiederholung betrachtet. Wo die Gerichte eine Unterlassungsklage gewähren, da bildet eine Verletzung den

1) Sirey Recueil 1868 Tl. 1 S. 196.
2) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 25 Nr. 75.
3) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 99.

Digitized by Google

Ausgangspunkt, und da wird die Gefahr einer künftigen ähnlichen Verletzung, wenn nicht ausdrücklich festgestellt, so doch als selbstverständlich betrachtet. Das Oberlandesgericht Köln hat es in seinem Erkenntnis vom 29. November 1898[1] geradezu ausgesprochen, daß nach dem Rechte des code civil eine Unterlassungsklage das Vorhandensein einer Rechtsverletzung voraussetze, und das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 9. Februar 1892 in einer badischen Sache[2] gesagt, daß eine Unterlassungsklage nur beim Drohen der Fortsetzung oder Wiederholung der erfolgten Verletzung begründet sei.

Das Ziel der Unterlassungsklagen ist nach dem Recht des code civil verschieden, jenachdem sie zum Schutz von Ausschließungs- oder von Forderungsrechten dienen. Die Unterlassungsklagen zum Schutz von Ausschließungsrechten gehen darauf, daß dem Beklagten die künftige Verletzung verboten und daß ihm für den Fall der Zuwiderhandlung eine an den Kläger zu zahlende Geldstrafe angedroht wird. Die Unterlassungsklagen zum Schutz von Forderungsrechten gehen nur auf das Verbot künftiger Verletzung.

Daß nach dem Recht des code civil die Unterlassungsklagen zum Schutz der Ausschließungsrechte nicht nur auf ein Verbot künftiger Verletzung, sondern auch für den Fall der Zuwiderhandlung auf eine an den Kläger zu zahlende Geldstrafe gehen, hat durch eine ständige Praxis Anerkennung gefunden.

Das Kreis- und Hofgericht Freiburg verurteilte am 20. April 1869[3] zu einer Unterlassung „bei Vermeidung einer dem Kläger zufallenden Geldstrafe von 50 fl. für jeden Übertretungsfall". Am 3. August 1852[4] bestätigte der französische Kassationshof ein Urteil, das dem Beklagten „à peine de 50 fr. par chaque contravention constatée", und am 12. März 1900[5] ein solches, das ihm „à peine de 10 francs par chaque contravention constatée" eine

1) Rhein. Arch. Bd. 94 Tl 1 S. 195.
2) Bad. Ann. Bd. 59 S. 25.
3) Bad. Ann. Bd. 35 S. 360.
4) Sirey Recueil 1852 Tl. 1 S. 652.
5) Sirey Recueil 1900 Tl. 1 S. 341.

Digitized by Google

Unterlassung aufgegeben hatte. Der Appellhof Paris erließ am 12. Dezember 1857[1] ein Erkenntnis, das den Beklagten verurteilte, etwas zu unterlassen und „à payer pour chaque contravention dûment constatée la somme de 50 fr.“, und der französische Kassationshof billigte am 13. Dezember 1886[2] ein Urteil, welches geboten hatte, etwas zu unterlassen und „à payer pour chaque contravention dûment constatée la somme de 5 fr.“. Auch in diesen Fällen handelte es sich um die Auferlegung einer an den Kläger zu zahlenden Geldstrafe.

Ganz in demselben Sinne verurteilte das tribunal commercial de la Seine am 1. März 1867[3] jemanden zu einer Unterlassung und zugleich zu „50 fr. à titre de dommages-intérêts pour chaque contravention régulièrement constatée à l'avenir“. Der belgische Kassationshof bestätigte am 15. März 1883[4] ein Urteil, das zu einer Unterlassung und zu „1000 fr. de dommages-intérêts pour chaque contravention dûment constatée“ verurteilt hatte. Der Appellhof Brüssel verurteilte am 26. Dezember 1888[5] zu einer Unterlassung und zu „50 fr. à titre de dommages-intérêts pour chaque jour de retard apporté à l'exécution de l'arrêt“. Der Appellhof Rennes erkannte am 20. April 1880[6] darauf, daß der Beklagte etwas zu unterlassen habe „sous peine de 100 fr. de dommages-intérêts à raison de chaque contravention par lui commise“. Denn, dies wird in der Fassung des letzten Urteils besonders deutlich, die dommages-intérêts sind hier überall nur nebenher Schadenersatz, in erster Linie aber Ordnungsstrafe. Ihre mit einem Gebot verbundene Auferlegung, das hat der französische Kassationshof z. B. am 6. Juni 1859[7] und am 13. Dezember 1886[8] ausgesprochen, soll die Befolgung des Gebotes sichern. Daher gehen sie vielfach weit über den Betrag des möglichen Schadens hinaus. „La fixation des dommages-intérêts à tant par jour de retard n'est pas

1) Sirey Recueil 1859 Tl. 1 S. 657.
2) Sirey Recueil 1887 Tl. 1 S. 176.
3) Annales de la propriété industrielle 1867 S. 383.
4) Sirey Recueil 1883 Tl. 4 S. 23.
5) Sirey Recueil 1891 Tl. 4 S. 35.
6) Sirey Recueil 1881 Tl. 2 S. 30.
7) Sirey Recueil 1859 Tl. 1 S. 657.
8) Sirey Recueil 1887 Tl. 1 S. 176.

Digitized by Google

une exacte appréciation du préjudice souffert, mais bien plutôt un moyen de contrainte destiné à triompher de résistances obstinées et injustes", sagte der Appellhof Montpellier am 1. April 1862[1]. Im gleichen Sinne äußerte sich der Appellhof Paris am 16. Mai 1840, dieses Urteil fand am 22. November 1841 die Bestätigung des Kassationshofes[2]. Und dasselbe Gericht erließ am 7. August 1876 und der Kassationshof billigte am 18. März 1878[3] ein Urteil, in dem es hieß: „en réduisant à simples dommages-intérêts la sanction demandée, il convient de la proportionner à la résistance qu'il s'agit de vaincre et au dommage à réparer".

Mit Unrecht hat man behauptet, diese Praxis sei gesetzwidrig, die Auferlegung von Geldstrafen bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot verstoße wider den Rechtssatz, daß ohne Strafgesetz keine Strafe und namentlich keine willkürliche Strafe verhängt werden dürfe[4]. Denn jener Rechtssatz bezieht sich nur auf die peinlichen Strafen des Strafrechts, er besagt nur, daß der Strafrichter nicht ohne Strafgesetz verurteilen darf, hindert aber in keiner Weise den Zivilrichter, Ordnungsstrafen anzudrohen und zu verhängen.

Dagegen gehen nach dem Recht des code civil die Unterlassungsklagen zum Schutz der Forderungsrechte in der Tat nur auf ein Verbot künftiger Verletzung.

Der code civil bestimmt für Schuldverhältnisse[5] in Art. 1142: „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur". In Art. 1143: „Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce

1) Sirey Recueil 1862 Tl. 2 S. 335.

2) Sirey Recueil 1842 Tl. 1 S. 170.

3) Sirey Recueil 1878 Tl. 1 S. 198.

4) Pouillet Brevets d'invention (4) Nr. 1001, Marques de fabrique (4) Nr. 296, G. Mayer Concurrence déloyale Nr. 39 und das Urteil des Appellhofs Paris vom 14. Januar 1862 (Annales de la propriété industrielle 1862 S. 203). Unbestimmt Baudry-Lacantinière et Houques-Fourcade Des personnes Bd. 1 Nr. 248.

5) Darüber, daß sich diese Bestimmungen nur auf Schuldverhältnisse beziehen, siehe Garsonnet Traité de procédure Bd. 4 (2) § 1251, Laurent Principes de droit civil Bd. 4 Nr. 272, Aubry et Rau Droit civil Bd. 4 (5) S. 64 Note 12 bis, Huc Code civil Bd. 7 Nr. 137, Baudry-Lacantinière et Barde Obligations Bd. 1 Nr. 440, 443 und die Entscheidung des Appellhofs Orléans vom 26. Dezember 1878 (Sirey Recueil 1879 Tl. 2 S. 97).

Digitized by Google

qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit, et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu". In Art. 1144: „Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur".

Der Sinn dieser Bestimmungen ist der, daß die Forderungsrechte in geringerem Maße verpflichten sollen als die Ausschließungsrechte. Bei ihnen soll der schon von Pothier[1] aufgestellte Satz gelten: nemo potest praecise cogi ad factum, d. h. es soll weder körperlicher noch seelischer Zwang, namentlich auch kein Zwang durch Strafdrohung, möglich sein. Das kommt deutlich im Gesetz zum Ausdruck. Im Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung sollen nach Art. 1143, 1144 c. civ. nur solche Maßregeln gegen den Schuldner stattfinden, die durch Einwirkung auf Sachen ohne persönlichen Zwang vollzogen werden können; soweit sie nicht ausreichen, löst sich nach Art. 1142 das Forderungsrecht in einen Schadenersatzanspruch auf, der Gläubiger hat nicht etwa die Wahl zwischen Erfüllung und Schadenersatz, er kann nur noch Schadenersatz fordern.

Bestätigt wird diese Auffassung des Gesetzes durch seine Entstehungsgeschichte. In der Rede, mit der er den Entwurf am 7. Pluviose des Jahres 12 (28. Januar 1804) im Auftrage der Regierung dem gesetzgebenden Körper vorlegte, begründete der Staatsrat Bigot-Préameneu den Art. 1142 mit den Worten: „Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats"[2]. Nachdem dann der gesetzgebende Körper den Entwurf dem Tribunat zur Begutachtung mitgeteilt hatte, erklärte in der Sitzung des Tribunats vom 13. Pluviose 12 (3. Februar 1804) der Berichterstatter Tribun Favart, das Forderungsrecht auf ein Tun oder Unterlassen löse sich bei Nichterfüllung in einen Schadenersatzanspruch auf „parce que, disent les jurisconsultes romains, nemo ad actum cogi potest"[3]. Abgesehen hiervon wurde der Artikel nicht erörtert.

1) Pothier Obligations (1821) Nr. 157, 158.
2) Fenet Travaux préparatoires Bd. 13 S. 232.
3) Fenet Travaux préparatoires Bd. 13 S. 322.

Digitized by Google

Bei den Unterlassungsklagen zum Schutz der Forderungsrechte kann daher nach dem Recht des code civil das Urteil dem Beklagten zwar eine Unterlassung auferlegen[1], nicht aber ihm auch für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe androhen[2]. Das Urteil ist infolgedessen nicht vollstreckbar, in derselben Art wie das Urteil, durch das jemand zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens oder zur Leistung von unvertretbaren Diensten aus einem Dienstvertrage verurteilt wird, in Deutschland heute noch unvollstreckbar ist (ZPO. § 888). Mit Unrecht haben einige Entscheidungen trotzdem eine Strafe angedroht, so z. B. die Urteile des Appellhofs Paris vom 23. Juni 1882[3], vom 23. November 1886[4] und vom 3. Dezember 1890[5] und das Urteil des Appellhofs Lyon vom 6. April 1892[6].

---

1) Ebenso Demolombe Code Napoléon Bd. 24 Nr. 491, Sirey-Gilbert Codes annotés (3) Note 1 zu Art. 1142, Garsonnet Traité de procédure Bd. 4 (2) § 1249 Note 2, 6, Crome ObligR. S. 42 Nr. 12, Krell in der Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 19 S. 175, Seuffert ZPO. Bd. 2 (5) S. 895/896, Struckmann u. Koch ZPO. (6) Note 8 zu § 774, v. Wilmowski u. Levy ZPO. (7) Note 1 zu § 778, Petersen ZPO. Bd. 2 (2) S. 1073, Cretschmar Anh. 4 zu Gaupp ZPO. (2) S. 201/202 und das Urteil des Reichsgerichts vom 27. April 1880 in einer badischen Sache (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 1 Nr. 147), ferner, im Widerspruch mit seinem allgemeinen Satz, daß der Richter keine Bestimmnng für die Zukunft treffen könne, auch Laurent Principes de droit civil Bd. 16 Nr. 302. Dagegen, ohne Begründung, Larombière Obligations Note 3 zu Art. 1142.

2) Dies ist die allgemeine Meinung. So z. B. Fuzier-Herman Code civil Note 33, 35 zu art. 1142, Aubry et Rau Droit civil Bd. 4 (5) S. 64, Demolombe Code Napoléon Bd. 24 Nr. 493/497, Laurent Principes de droit civil Bd. 16 Nr. 302, Garsonnet Traité de procedure Bd. 4 (2) § 1250, Huc Code civil Bd. 7 Nr. 136, Zachariä-Crome Franz. ZivR. Bd. 2 (8) § 299 Note 4, Dalloz Recueil 1880 Tl. 1 S. 418 Note 4 und 5, Dalloz Répertoire méthodique unter Obligations Nr. 702, Crome ObligR. S. 42, Krell in der Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 19 S. 175/178, Seuffert ZPO. Bd. 2 (5) S. 895/896, Struckmann u. Koch ZPO. (6) Note 8 zu § 774, v. Wilmowski u. Levy ZPO. (7) Note 1 zu § 778, Petersen ZPO. Bd. 2 (2) S. 1073, Cretschmar Anh. 4 zu Gaupp ZPO. (2) S 202.

3) Sirey Recueil 1883 Tl. 2 S. 13.

4) Annales de la propriété industrielle 1887 S. 115.

5) Sirey Recueil 1891 Tl. 1 S. 377.

6) Sirey Recueil 1893 Tl. 2 S. 219.

Digitized by Google

6.

Auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863) war ziemlich selbständig gegenüber dem gemeinen Recht und beließ ihm keine ergänzende Geltung (§ 2 der Verordnung, die Publikation des bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, vom 2. Januar 1863). Bei den Unterlassungsklagen ist es indessen nur wenig über das gemeine Recht hinausgekommen.

Gleich dem gemeinen Recht hatte auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch Unterlassungsklagen zum Schutz des Eigentums, der Dienstbarkeiten, der Stellung des redlichen Erwerbers einer beweglichen Sache und einer Grunddienstbarkeit, des Sachbesitzes und der beschränkten Besitzrechte. Etwas Neues war die allgemeine Anerkennung einer Unterlassungsklage zum Schutz der auf ein Unterlassen gerichteten Forderungsrechte.

Sächs. BGB. § 321 bestimmte: „Beschränkt jemand tatsächlich das Eigentum eines anderen, oder behauptet er ein das Eigentum des anderen beschränkendes Recht, so kann der Eigentümer auf ... Aufhebung der Beschränkung ... und Androhung einer Strafe für weitere Störungen klagen".

Sächs. BGB. § 532: „Derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, hat gegen jeden, welcher die Ausübung derselben hindert oder stört, oder die Dienstbarkeit auf Grund eines angeblich ihm zustehenden Rechtes bestreitet, eine Klage auf ... Beseitigung des Hindernisses und Wiederherstellung des vorigen Zustandes ... und Androhung einer Strafe für weitere Störungen".

Sächs. BGB. § 325: „Die dem Eigentümer zustehenden Klagen kommen bei beweglichen Sachen auch dem rechtmäßigen und redlichen Besitzer unter den sonstigen Voraussetzungen dieser Klagen zu".

Sächs. BGB. § 326: „Einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer ist rücksichtlich der dem Eigentümer zustehenden Klagen bei beweglichen Sachen auch der Nichtbesitzer gleichzuachten, welcher einen Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigentums für sich hat, bei dem die Erlangung des Besitzes der Sache zur Erwerbung des Eigentums nicht erforderlich ist, vorausgesetzt, daß sein Rechtsvorgänger, von welchem er seine Erwerbung ableitet, rechtmäßiger und redlicher Besitzer gewesen ist".

Digitized by Google

Sächs. BGB. § 327: „Die erwähnten Klagen können nicht gegen den Eigentümer angestellt werden, auch nicht gegen denjenigen, welcher rechtmäßiger und redlicher Besitzer ist und sein Recht von einem anderen Vorgänger ableitet, als der Kläger. Leiten beide ihr Recht von demselben Vorgänger ab, so kann die Klage nicht gegen denjenigen angestellt werden, dessen Recht älter ist . . .".

Sächs. BGB. § 566 (nur auf Grunddienstbarkeiten bezüglich): „Wer in redlichem Glauben und mit einem zur Bestellung der Dienstbarkeit geeigneten Rechtsgrunde den Rechtsbesitz einer Dienstbarkeit erworben hat, kann, unbeschadet der Rechte des Eigentümers des dienenden Grundstücks, die Konfessorienklage erheben".

Sächs. BGB. § 205: „Wer im Besitze tatsächlich gestört wird, kann gegen denjenigen, welcher den Besitz gestört hat, auf Schutz im Besitze, auf Androhung einer Strafe für weitere Störungen . . . klagen".

Sächs. BGB. § 530: „Der Rechtsbesitz bei Dienstbarkeiten ist, soweit es die Natur derselben zuläßt, nach den Vorschriften über den Besitz an Sachen zu beurteilen".

Sächs. BGB. § 762: „Ist eine Forderung darauf gerichtet, daß der Verpflichtete etwas unterlassen soll, und hat er dem zuwidergehandelt, so kann der Berechtigte . . . auf Beseitigung der dadurch herbeigeführten Änderungen . . . und auf Androhung einer Geldstrafe für weitere Zuwiderhandlungen klagen".

Man sieht, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch hat die Unterlassungsklagen sorgfältiger behandelt als irgend eines der bisherigen Gesetzbücher. Gerade diese sorgfältige Behandlung aber hat die Praxis in der Entwicklung weiterer Unterlassungsklagen gehemmt. Von solcher Entwicklung finden wir nur ganz schwächliche Ansätze.

Das Oberlandesgericht Dresden hat in zwei Urteilen eine Unterlassungklage zum Schutz der Beziehungen des Gewerbtreibenden zu seinen Abnehmern anerkannt. In seinem Urteil vom 20. November 1894[1] verurteilte es die Beklagte, sich des weiteren Gebrauchs der Aufschrift „Altes Geschäft, gegründet 1874" an ihrem Geschäftslokal zu enthalten, und in seinem Erkenntnis vom 6. Dezember 1895[2] verbot es dem Beklagten unter

1) Sächs. Arch. Bd. 5 S. 368.

2) Ann. d. OLG. Dresden Bd. 17 S. 253.

Digitized by Google

Androhung einer Geldstrafe von 50 Mark für jeden Zuwiderhandlungsfall, eine dem Kläger verliehene Medaille in seinen Ankündigungen zu verwenden. Zur Begründung macht dies zweite Urteil geltend, die Vorschrift des § 321 sächs. BGB. über die Unterlassungsklage des Eigentümers habe entsprechende Anwendung zu finden, während das erste Urteil sich darauf stützt, daß jedes rechtswidrige Gebaren, dessen Fortsetzung drohe, die Unterlassungsklage begründe.

Zur Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungsklage ist die sächsische Praxis nicht gelangt. Das dresdener Urteil vom 20. November 1894 hat ja allerdings den Satz aufgestellt, eine Klage auf Unterlassung müsse dann stets zugelassen werden, wenn ein rechtswidriges Gebaren bereits verwirklicht worden sei und dessen Fortsetzung zu befürchten stehe. Aber es hat diesen Satz nicht genügend zu begründen vermocht, und die Praxis hat ihn denn auch unbeachtet gelassen, nicht einmal das dresdener Urteil vom 6. Dezember 1895 legt ihn zugrunde.

Voraussetzung aller Unterlassungsklagen des sächsischen Rechts war die Verletzung eines Privatrechts und die Gefahr weiteren verletzenden Tuns[1].

Das erste Erfordernis ist bei den einzelnen Unterlassungsklagen des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs ausgesprochen. Das zweite ist gewiß nur deshalb unausgesprochen geblieben, weil man es als selbstverständlich betrachtete. Wir haben keinen Grund zu der Annahme, daß das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das sich bei den Unterlassungsklagen so eng an das gemeine Recht anschloß, hier von ihm habe abweichen und etwas so Unvernünftiges wie eine Unterlassungsklage ohne Gefahr habe einführen wollen.

Zum Ziel hatten die sämtlichen Unterlassungsklagen des sächsischen Rechts, daß dem Beklagten die künftige Verletzung ver-

1) Ebenso Grützmann Sächs. PrivR. Bd. 1 S. 387, Hoffmann BGB. für Sachsen Note III, IV zu § 321 und die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Dresden vom 15. Oktober 1869 (Ann. d. OAG. Dresden neue Folge Bd. 7 S. 118), vom 2. Juni 1871 (Ann. d. OAG. Dresden neue Folge Bd. 10 S. 230) und vom 9. März 1878 (Wenglers Arch. neue Folge Bd. 1 S. 411).

Digitized by Google

boten und für den Fall der Zuwiderhandlung eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe angedroht wurde.

Die Frage nach dem Ziel der Unterlassungsklagen ist in der Wissenschaft des sächsischen Rechts im allgemeinen nicht erörtert worden. Wengler und Brachmann[1] sagen für die Unterlassungsklage des Eigentümers, ohne Angabe von Gründen, es sei auf eine Geldstrafe zu erkennen. Man könnte aber zweifelhaft hierüber sein. Während nämlich die §§ 321, 532 und 205 sächs. BGB. als Ziel der zum Schutz dinglicher Rechte gewährten Unterlassungsklagen allgemein die Androhung einer Strafe bezeichnen, sagt nur § 762, der zum Schutz der Forderungsrechte eine Unterlassungsklage gewährt, daß diese auf Androhung einer Geldstrafe gerichtet sei. So könnte man denken, es habe zwar zum Schutz der Forderungsrechte nur auf Androhung einer Geldstrafe geklagt werden können, dagegen zum Schutz der dinglichen Rechte auf Androhung einer Geld- oder einer Freiheitsstrafe.

Als 1863 das sächsische bürgerliche Gesetzbuch erlassen wurde, galt in Sachsen das Exekutionsgesetz von 1838. Nach den §§ 35, 71, 81 dieses Gesetzes konnte in Urteilen, in denen auf ein Tun oder Unterlassen erkannt wurde, dem Verurteilten für den Fall der Zuwiderhandlung eine Geld-, nicht aber auch eine Freiheitsstrafe angedroht werden[2]. Es fragt sich, ob das Gesetzbuch von 1863 diesen Grundsatz hat aufheben wollen.

Die Frage ist zu verneinen. Die Verschiedenheit der §§ 321, 532 und 205 von § 762 beruht nicht auf Absicht, sondern auf Nachlässigkeit. In dem Entwurf des Gesetzbuchs waren die Paragraphen noch weit verschiedener gefaßt: nach § 321 (damals § 332) war auf „Unterlassung fernerer Eingriffe" zu klagen, nach § 532 (damals § 547) auf „Androhung einer Strafe für Zuwiderhandlungen", nach § 205 (damals § 216) auf „Unterlassung weiterer Eingriffe", nach § 762 (damals § 781) auf „Androhung einer Geldstrafe wegen künftiger Zuwiderhandlungen". Diese Ungleichmäßigkeit war sicher nicht beabsichtigt, vielmehr ein Zeugnis dafür,

1) Wengler u. Brachmann BGB. für Sachsen Note 16 zu § 321.

2) Siehe für Unterlassungen Beck ExekutGes. S. 87, Volkmann Sächs. Zivil- und Administrativproz. Bd. 3 § 268 zu Note b, Osterloh Proz. nach sächs. R. (4) Bd. 2 § 371 zu Note 2.

Digitized by Google

wie wenig man die Unterlassungsklagen im Zusammenhang zu betrachten gewohnt war: die Motive begründen sie mit keinem Worte. Bei der Überarbeitung des Entwurfs hat man dann einigermaßen Einheit geschaffen, nur die Verschiedenheit des § 762 von den §§ 321, 532 und 205 ist übersehen worden und so als ein Rest der alten Ungleichmäßigkeit bestehen geblieben. Danach müssen wir annehmen, daß nach dem Gesetzbuch von 1863 wie nach früherem Recht bei allen Unterlassungsklagen für den Fall der Zuwiderhandlung nur eine Geldstrafe angedroht werden konnte.

7.

Als das Deutsche Reich, zunächst in Gestalt des Norddeutschen Bundes, ins Leben trat, galten in Deutschland mannigfache Bestimmungen über Unterlassungsklagen. Im Gebiet des gemeinen Rechts, des codex Maximilianeus bavaricus, des preußischen allgemeinen Landrechts, des code civil und des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden besondere, wenn auch vielfach übereinstimmende Vorschriften. Das Reichsrecht hat alsbald begonnen, sich mit den Unterlassungsklagen zu beschäftigen und die Landesrechte teils zu ergänzen, teils abzuändern.

Eine Ergänzung der Landesrechte enthielten alle die Bestimmungen des Reichsrechts, die gemeinsame reichsrechtliche Unterlassungsklagen schufen.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, das 1869 Bundesgesetz wurde, gewährte eine Unterlassungsklage zum Schutz des Firmenrechts sowie der anderen Rechte, die durch den unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt werden können. Es bestimmte in Art. 27: „Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma . . . belangen".

Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes (1896) gewährte in §§ 1, 6, 8 zum Schutz des Rechtes des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen verschiedene Unterlassungsklagen. Diese Bestimmungen sprechen allerdings nur von einem Anspruch auf Unterlassung, aber hiermit ist

Digitized by Google

eine Klage gemeint: das zeigt § 13, der sich mit dem Falle beschäftigt, daß „in den Fällen der §§ 1, 6 und 8 auf Unterlassung Klage erhoben" ist.

§ 1 WettbewGes. bestimmte: „Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, die Herstellung oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezuges oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht, welche geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden. Dieser Anspruch kann von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, ... geltend gemacht werden. — Die Verwendung von Namen, welche nach dem Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter die vorstehenden Bestimmungen nicht . . .".

§ 6 WettbewGes.: „Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, welche geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Behauptungen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Auch kann der Verletzte den Anspruch geltend machen, daß die Wiederholung oder Verbreitung der Behauptungen unterbleibe. — Die Bestimmungen des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Mitteilende oder der Empfänger an ihr ein berechtigtes Interesse hat".

§ 8 WettbewGes.: „Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient,

Digitized by Google

ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden".

Ferner erkannte die reichsrechtliche Praxis mehrfach zum Schutz solcher Rechte, die die Reichsgesetzgebung geschaffen hatte, Unterlassungsklagen an. Hier kommen nicht die vereinzelten Entscheidungen in Betracht, die eine Unterlassungsklage zum Schutz eines durch Reichsgesetz geschaffenen Rechtes nur auf Grund eines einzelnen Landesrechts anerkannten wie z. B. das Urteil des Reichsgerichts vom 30. Juni 1886[1] eine Unterlassungsklage zum Schutz des Urheberrechts an einem Schriftwerk auf Grund des gemeinen Rechts. Sondern nur die Entscheidungen, und sie bilden bei weitem die Mehrzahl, die gleich dem Recht auch die Unterlassungsklage als durch Reichsrecht gegeben betrachteten.

Die Praxis erweiterte zunächst einmal die Unterlassungsklagen, die das Recht des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen schützten.

Das Reichsgericht erklärte in seinem Urteil vom 24. Februar 1897[2], eine Unterlassungsklage im Sinne des § 1 WettbewGes. finde auch gegen den statt, der unter Verletzung von § 16 WarenbezGes. eine Ware, um über ihre Beschaffenheit und ihren Wert einen Irrtum zu erregen, fälschlich mit dem Namen eines Ortes versehe, und es könne daher dem Beklagten bei Strafe untersagt werden, sich beim gewerblichen Vertrieb seines Bieres weiter der Bezeichnung „Pilsener Bier, Bürgerliches Bräuhaus" zu bedienen.

In seinem Urteil vom 6. November 1896[3] erkannte das Reichsgericht eine Unterlassungsklage im Sinne des § 1 auch gegenüber demjenigen als begründet an, der entgegen § 40 PatGes. in öffentlichen Anzeigen, auf Aushängeschildern oder Empfehlungskarten oder in ähnlichen Kundgebungen eine Bezeichnung anwende, die geeignet sei, den Irrtum zu erregen, als ob gewisse Gegenstände durch ein Patent geschützt seien, demgemäß erklärte es eine Klage für begründet, die darauf ging, dem Beklagten die Bezeichnung seiner Neptun-Fußmatte als einer patentierten zu untersagen.

1) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 18 Nr. 3.

2) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 43.

3) Jur. Wochenschr. 1896 S. 709/710.

Digitized by Google

Desgleichen nahm das Reichsgericht in den Urteilen vom 26. September 1894 [1] und vom 9. Dezember 1899 [2] an, daß eine Unterlassungsklage im Sinne des § 1 auch gegen den gegeben sei, der unrichtigerweise eine Ware als gesetzlich geschützt nach dem Gesetz betreffend das Urheberrecht an Gebrauchsmustern bezeichne und hierdurch gegen § 1 GewO. verstoße, in dem ersten dieser beiden Fälle bestätigte es ein Erkenntnis, das die Beklagte verurteilt hatte, bei Vermeidung einer Strafe von 200 Mark für jeden Kontraventionsfall sich der Bezeichnung der von ihr in den Handel gebrachten Kommutator-Bürsten als gesetzlich geschützt zu enthalten.

Eine Unterlassungsklage im Sinne des § 8 WettbewGes. erkannte das Reichsgericht auch in dem Falle als begründet an, daß jemand entgegen dem § 15 WarenbezGes. zum Zweck der Täuschung im Handel und Verkehr eine Ausstattung, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines anderen gilt, ohne dessen Genehmigung verwende: Urteil vom 28. Juni 1898 [3].

Die Praxis betrachtete aber auch in anderen Fällen, in denen eine derartige Anlehnung an eine gesetzlich gewährte Unterlassungsklage nicht möglich war, Unterlassungsklagen als gegeben.

So vielfach zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen. Auf Grund des Markenschutzgesetzes von 1874 entsprach das Reichsoberhandelsgericht am 29. Oktober 1878 [4] dem Klagantrag, dem Beklagten den ferneren Gebrauch eines dem Warenzeichen des Klägers nachgebildeten Warenzeichens bei namhafter Strafe zu untersagen, und im gleichen Sinne erkannte das Reichsgericht am 2. Oktober 1886 [5], am 31. Januar 1888 [6], am 11. Januar 1890 [7] und am 20. Juni 1894 [8]. Ebenso entschied man dann auf Grund des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen

1) PatMustZeichBl. Bd. 1 S. 94.
2) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 45 Nr. 13.
3) Jur. Wochenschr. 1898 S. 515.
4) Entsch. d. ROHG. Bd. 24 Nr. 59.
5) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 18 Nr. 7.
6) Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 19 S. 236.
7) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 25 Nr. 85.
8) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 33 Nr. 29.

Digitized by Google

von 1894, so das Reichsgericht am 3. März 1899[1] und in einer Sache alten Rechts auch am 20. Februar 1900[2].

Auch zum Schutz des Urheberrechtes an einem Schriftwerk gewährte man hier und da eine Unterlassungsklage. So billigte das Reichsgericht am 3. Dezember 1897[3] ein Erkenntnis, das den Beklagten verurteilt hatte, die Veröffentlichung und Verbreitung der deutschen Übersetzung des Werkes von Lew Wallace The prince of India or why Constantinople fell zu unterlassen, und ebenso erklärte das Oberlandesgericht Dresden in seinem Urteil vom 15. Mai 1896[4] das Verlangen der Klägerin für begründet, der Beklagten die Fortsetzung eines Nachdrucks unter Strafandrohung zu verbieten.

Vereinzelte Anerkennung fand auch eine Unterlassungsklage zum Schutz des Urheberrechts an einem Geschmacksmuster. Das Kammergericht verurteilte in seinem Erkenntnis vom 25. Mai 1892[5] den Beklagten unter Androhung einer Strafe, das gewerbsmäßige Herstellen, Feilhalten und Verbreiten gewisser Druckplatten für elektrische Türklingelzüge zu unterlassen.

Eine Unterlassungsklage zum Schutz des Patentrechts wurde vielfach anerkannt. So erklärte das Reichsgericht in seinem Urteil vom 25. Oktober 1899[6] eine Klage für zulässig, die darauf gerichtet war, daß der Beklagten die Herstellung von Verschlüssen untersagt werde, welche die durch ein Patent der Klägerin geschützten Merkmale aufwiesen, und ebenso erkannte es in seinen Urteilen vom 23. Mai 1887[7], vom 13. Oktober 1889[8], vom 19. Oktober 1889[9] und vom 5. Juli 1893[10].

Begründet hat man diese im Gesetz nicht anerkannten Unterlassungsklagen auf verschiedene Art. Bald hat man sich darauf

1) PatMustZeichBl. Bd. 5 S. 154.
2) HansGerZtg. Jahrg. 21 Fall 47.
3) Bad. Ann. Bd. 64 S. 19, 35.
4) Sächs. Arch. Bd. 7 S. 618.
5) Seufferts Arch. Bd. 53 Nr. 195.
6) Jur. Wochenschr. 1899 S. 774.
7) Rhein. Arch. Bd. 71 Tl. 3 S. 101.
8) Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 264.
9) Bolzes Prax. Bd. 8 Nr. 148.
10) Jur. Wochenschr. 1893 S. 429.

Digitized by Google

berufen, daß solche Vorschriften, in denen eine Unterlassungsklage gewährt wurde, entsprechende Anwendung zu finden hätten, so begründete z. B. das Reichsgericht in seinem Urteil vom 24. Februar 1897[1] die Klage auf Unterlassung der unrichtigen Herkunftsbezeichnung einer Ware mit der entsprechenden Anwendbarkeit des § 1 WettbewGes. und in seinem Urteil vom 23. Mai 1887[2] die Klage auf Unterlassung fernerer Patentverletzungen mit der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften über den Schutz des Eigentums. Bald hat man sich auf den Satz gestützt, überall wo ein unerlaubtes Verhalten stattgefunden habe und dessen Fortsetzung oder Wiederholung drohe, sei eine Unterlassungsklage gegeben, so das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 15. Mai 1896[3]. Bald hat man auf eine Begründung ganz verzichtet, so das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 19. Oktober 1889[4].

Die Bedeutung dieser Praxis aber liegt darin, daß sie in ständiger Übung einen Satz des Reichsgewohnheitsrechts geschaffen hat: wo in Reichsgesetzen Rechte an unkörperlichen Gütern anerkannt sind, da ist zu deren Schutz auch eine Unterlassungsklage gegeben.

Das Reichsrecht hat aber die Bestimmungen der Landesrechte über Unterlassungsklagen nicht nur ergänzt, sondern auch abgeändert. Eine solche Abänderung der Landesrechte haben wir in der Regelung des Zieles der Unterlassungsklagen durch die Zivilprozeßordnung.

§ 775 ZPO. von 1877 schrieb vor: „Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen. — Der Verurteilung muß eine Strafandrohung

1) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 43.
2) Rhein. Arch. Bd. 71 Tl. 3 S. 101.
3) Sächs. Arch. Bd. 7 S. 618.
4) Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 264.

Digitized by Google

vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird . . . ".

Damit war das Ziel aller landesrechtlichen Unterlassungsklagen genau bestimmt: der Kläger konnte verlangen, daß in dem Urteil dem Beklagten für jede Zuwiderhandlung eine angemessene Strafe angedroht wurde, die bis auf 1500 Mark Geldstrafe und bis auf 6 Monate Haft bemessen werden konnte. Infolgedessen gingen jetzt die Unterlassungsklagen des code civil zum Schutz von Forderungsrechten, die sich nur auf ein Unterlassungsgebot gerichtet hatten[1], auf ein vollstreckbares Urteil, die anderen Unterlassungsklagen des code civil wie der übrigen Landesrechte, die neben dem Unterlassungsgebot nur auf Androhung einer Geldstrafe gerichtet gewesen waren[2], auf ein Urteil von gesteigerter Vollstreckbarkeit.

Indessen alles dies waren nur Anfänge.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, das 1896 erging, 1900 in Kraft trat, enthielt in den §§ 12, 550, 581, 862, 864, 1004, 1017, 1027, 1029, 1053, 1065, 1090, 1107, 1134, 1192, 1227 eine eingehende Regelung der Unterlassungsklagen. Art. 27 des Handelsgesetzbuchs von 1869 wurde in dem neuen Handelsgesetzbuch von 1897, das zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch Gültigkeit erlangte, durch § 37 ersetzt. Dagegen wurde § 775 der Zivilprozeßordnung von 1877 in die neue Fassung von 1898, die gleichfalls mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft trat, unverändert als § 890 übernommen. Die §§ 1, 6, 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes blieben bestehen. Desgleichen der Satz des Reichsgewohnheitsrechts, daß, wo durch Reichsgesetze Rechte an unkörperlichen Gütern anerkannt sind, zu deren Schutz auch eine Unterlassungsklage gegeben ist.

Alles zusammen bildete eine einheitliche reichsrechtliche Regelung, die an die Stelle der landesrechtlichen getreten ist.

---

1) Siehe oben S. 58/60.

2) Siehe oben S. 37/38, 40/41, 43/44, 56/58, 63/65.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die heutige Unterlassungsklage.

1.

Das gegenwärtige Recht des Deutschen Reiches gewährt zum Schutz einer großen Anzahl von Rechten einzelne Unterlassungsklagen.

§ 1004 BGB. gewährt eine Unterlassungsklage zum Schutz des Eigentums: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. — Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist".

Nach § 1017 BGB. findet die gleiche Unterlassungsklage zum Schutz des Erbbaurechts, nach § 1027 zum Schutz der Grunddienstbarkeiten, nach § 1065 zum Schutz des Nießbrauchs an einer Sache, nach § 1090 zum Schutz der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, nach § 1227 zum Schutz des Pfandrechts an einer Sache statt: teils wird hier im allgemeinen bestimmt, daß die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, teils werden dem Berechtigten nur die in § 1004 bezeichneten Rechte zugesprochen.

Zum Schutz der Hypothek gewährt § 1134 BGB. eine Unterlassungsklage: „Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der

Digitized by Google

Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen".

Die gleiche Unterlassungsklage ist nach § 1192 BGB. zum Schutz der Grundschuld, nach § 1107 zum Schutz der Reallasten gegeben: § 1192 bestimmt, daß die Vorschriften über die Hypothek, § 1107, daß die für die Zinsen einer Hypothek geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Eine Unterlassungsklage findet nach §§ 862, 864 BGB. auch zum Schutz des Sachbesitzes statt. § 862 bestimmt: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. — Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist". § 864 fügt hinzu: „Ein nach . . . § 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird. — Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann".

Desgleichen findet nach § 1029 BGB. zum Schutz des Besitzes der Grunddienstbarkeiten und nach § 1090 zum Schutz des Besitzes der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten eine Unterlassungsklage statt: diese Bestimmungen schreiben vor, daß die für den Schutz des Sachbesitzes geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Zum Schutz des Namenrechts ist durch § 12 BGB. eine Unterlassungsklage gegeben: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen".

Digitized by Google

Zum Schutz des **Firmenrechts**, daneben auch aller anderen Rechte, die durch den unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt werden können[1], gewährt § 37 HGB. eine Unterlassungsklage: „Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen".

Allerdings muß uns eins hier auffallen. Art. 27 des Handelsgesetzbuchs von 1869 hatte dem Verletzten das Recht gegeben, den Unberechtigten „auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma zu belangen", und damit ausdrücklich die Unterlassungsklage anerkannt, § 37 des neuen Handelsgesetzbuchs von 1897 dagegen spricht nur noch davon, daß er „die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen" könne, also nur noch von dem Anspruch auf Unterlassung. Aber gemeint ist auch im § 37 nichts anderes als die Unterlassungsklage. Das neue Handelsgesetzbuch wollte hier in keiner Weise von dem alten abweichen: die Denkschrift zu dem ersten Entwurf von 1896[2] und die zu dem zweiten Entwurf von 1897[3] sagen übereinstimmend, daß die Vorschrift des jetzigen § 37 dem Art. 27 des alten Handelsgesetzbuchs entnommen sei, und betrachten als selbstverständlich, daß es auch nach § 37 „zum Erlaß eines auf Unterlassung der Fortführung der Firma lautenden Urteils" kommen kann.

Das Recht des **Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen** ist durch Unterlassungsklagen geschützt nach §§ 1, 6, 8 WettbewGes. Freilich reden diese Bestimmungen, gerade wie § 37 HGB., nur von einem Anspruch auf Unterlassung. Aber auch sie verstehen darunter nichts anderes als die Unterlassungsklage: das folgt aus § 13 WettbewGes., der von der Tatsache spricht, daß „in den Fällen der §§ 1, 6 und 8 auf Unterlassung Klage erhoben" ist.

---

1) Siehe **Staub** HGB. (6, 7) Note 10/14 zu § 37, **Makower** HGB. (13) Note III b zu § 37, **Lehmann u. Ring** HGB. Note 7 zu § 37, **Düringer u. Hachenburg** HGB. Note II 3 zu § 37, **Goldmann** HGB. Note 2 A I 2 zu § 37.

2) Entw. eines HGB. nebst Denkschrift (amtl. Ausg.) S. 44/45 der Denkschrift.

3) Entw. eines HGB. nebst Denkschrift i. d. Fass. d. dem Reichstag gemachten Vorlage (Guttentagsche Ausg.) S 46 der Denkschrift.

Digitized by Google

§ 1 WettbewGes. schreibt vor: „Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, die Herstellung oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezuges oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht, welche geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden. Dieser Anspruch kann von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, . . . geltend gemacht werden. — Die Verwendung von Namen, welche nach dem Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter die vorstehenden Bestimmungen nicht . . .“.

§ 6 WettbewG.: „Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, welche geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Behauptungen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Auch kann der Verletzte den Anspruch geltend machen, daß die Wiederholung oder Verbreitung der Behauptungen unterbleibe. — Die Bestimmungen des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Mitteilende oder der Empfänger an ihr ein berechtigtes Interesse hat“.

§ 8 WettbewGes.: „Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden“.

Digitized by Google

Die Praxis schützt das Recht des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen noch in weiterem Umfang durch Unterlassungsklagen. Das Reichsgericht erkannte in seinem Urteil vom 28. November 1900[1] eine Unterlassungsklage im Sinne des § 1 WettbewGes. auch dem gegenüber an, der zuwider dem § 40 PatGes. in öffentlichen Anzeigen, auf Aushängeschildern oder Empfehlungskarten oder in ähnlichen Kundgebungen eine Bezeichnung anwendet, die geeignet ist, den Irrtum zu erregen, als ob gewisse Gegenstände durch ein Patent geschützt seien. In seinem Urteil vom 6. Februar 1903[2] erklärte es eine Unterlassungsklage im Sinne des § 6 WettbewGes. auch gegen den für begründet, der unter Verletzung des § 7 WettbewGes. wider besseres Wissen gegen das Erwerbsgeschäft eines anderen unwahre Behauptungen tatsächlicher Art richtet, die den Betrieb des Geschäfts zu schädigen geeignet sind, ohne indessen hiermit Zwecke des Wettbewerbs zu verfolgen, und im gleichen Sinne entschied das Oberlandesgericht Celle am 5. Mai 1902[3]. Eine Unterlassungsklage im Sinne des § 8 WettbewGes. erkannte das Reichsgericht in seinen Urteilen vom 30. November 1900 und vom 11. Oktober 1901[4] auch dem gegenüber an, der entgegen dem § 15 WarenbezGes. zum Zweck der Täuschung im Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht.

Die Praxis gewährt auch zum Schutz anderer Rechte an unkörperlichen Gütern Unterlassungsklagen. So erkannte das Reichsgericht am 12. Mai 1903[5] und am 14. Juni 1904[6] zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen eine Unterlassungsklage an, am 11. Januar 1902[7] zum Schutz des Rechts an

1) Jur. Wochenschr. 1901 S. 13.
2) Jur. Wochenschr. 1903 S. 128/129.
3) RSpr. d. OLG. Bd. 5 S. 239.
4) Jur. Wochenschr. 1901 S. 808.
5) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 54 Nr. 106.
6) Hanf. GerZtg. Bd. 25 Fall 125.
7) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 50 Nr. 24.

Digitized by Google

einem Gebrauchsmuster, am 3. Juli 1901[1] zum Schutz des Patentrechts und am 6. Februar 1903[2] zum Schutz des durch § 9 WettbewGes. geschaffenen Rechtes an einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis.

Das Recht des Vermieters findet Schutz durch die Unterlassungsklage des § 550 BGB.: „Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fort, so kann der Vermieter auf Unterlassung klagen."

Eine ebensolche Unterlassungsklage schützt nach § 581 BGB. das Recht des Verpächters: nach dieser Bestimmung finden die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung.

Das gesetzliche Forderungsrecht des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher endlich findet Schutz durch §§ 1053, 1068 BGB.: Macht der Nießbraucher von dem Gegenstande des Nießbrauchs einen Gebrauch, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er diesen Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Hauptberechtigten fort, so kann der Hauptberechtigte auf Unterlassung klagen.

Diese Unterlassungsklage schützt nicht etwa das Eigentum oder alle Ausschließungsrechte in besonderer Weise gegenüber dem Nießbraucher: sie ist auch beim Nießbrauch an Forderungsrechten gegeben, obwohl hier keinerlei Ausschließungsrecht vorhanden ist. Wir müssen vielmehr annehmen, daß sie ein Forderungsrecht des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher schützt, und dies wird dadurch bestätigt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sie genau nach dem Muster der Unterlassungsklagen zum Schutz von Forderungsrechten (§§ 550, 581 BGB.) gestaltet hat.

Aber welcher Art ist dieses Forderungsrecht des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher? Nießbrauch und Pfandrecht werden vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Sachenrecht behandelt und ebenso ganz allgemein von den Rechtslehrern, in Wirklichkeit aber haben sie sich, seit sie an Rechten aller Art möglich sind, durchaus von ihrem sachenrechtlichen Ursprung losgelöst und gehören in den allgemeinen Teil. Wir haben hier nichts anderes vor uns als

---

1) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd 49 Nr. 9.

2) Jur. Wochenschr. 1903 S. 128/129.

besondere Formen der Rechtsgemeinschaft: der gewöhnlichen, gleichartigen Gemeinschaft treten Nießbrauchsgemeinschaft und Pfandrechtsgemeinschaft als ungleichartige Gemeinschaften zur Seite. Während bei der gewöhnlichen Gemeinschaft die Teilhaber gleichartige (nicht immer auch gleiche) Anteile haben, hat hier der Hauptberechtigte den Nießbraucher oder Pfandberechtigten als ungleichartigen Teilhaber neben sich. Wie nun das Gesetz bei der gleichartigen Gemeinschaft das Verhältnis der Teilhaber zu einander durch Aufstellung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ordnet (§§ 741/758 BGB.), so tut es dies auch bei den ungleichartigen Gemeinschaften: der Hauptberechtigte steht zum Nießbraucher wie zum Pfandberechtigten in einem gesetzlichen Schuldverhältnis. Mit dem gesetzlichen Forderungsrecht des Nießbrauchers haben wir es hier zu tun.

Das Ziel aller Unterlassungsklagen ist einheitlich bestimmt durch § 890 ZPO.: „Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen. — Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird . . .“.

2.

Es fragt sich, ob unser Recht über die einzelnen in ihm anerkannten Unterlassungsklagen hinaus eine allgemeine Unterlassungsklage kennt.

Von verschiedenen Seiten tritt man für eine solche ein. Hierbei ist man nur darin einig, daß die allgemeine Unterlassungsklage unabhängig von den Vorschriften unserer Rechtsordnung über einzelne Unterlassungsklagen gegeben sein soll. In

Digitized by Google

allem Übrigen gehen die Meinungen auseinander, namentlich denkt man sich die behauptete allgemeine Unterlassungsklage in sehr verschiedener Gestalt.

Hellwig[1] ist der Ansicht, eine Unterlassungsklage sei überall dort begründet, wo die Umstände Grund zu der Besorgnis gäben, daß jemand eine Unterlassungspflicht verletzen werde. Ihm schließen sich Allfeld[2] und Seuffert[3] und im wesentlichen auch Wendt[4] an. In dem gleichen Sinne äußert sich Mannhardt[5]. Auch eine unbestimmte Äußerung von Kohler[6] scheint etwas Ähnliches zu bedeuten.

In engeren Grenzen behauptet das Reichsgericht eine allgemeine Unterlassungsklage. In dem Urteil vom 11. April 1901[7] hat es ausgesprochen, eine Unterlassungsklage sei nur dort, aber dort auch stets gegeben, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht worden sei und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien. Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt in den Urteilen vom 11. Juni 1901[8], vom 10. Juli 1902[9], vom 11. November 1902[10], vom 14. Dezember 1902[11], vom 5. Januar 1905[12], vom 18. Januar 1905[13], vom 3. März 1905[14] und vom 16. Oktober 1905[15] festgehalten. Mehrere Oberlandesgerichte haben sich ihm angeschlossen: nachdem das Oberlandesgericht Dresden bereits am 19. Oktober 1900[16] in demselben Sinne entschieden hatte, haben

1) Hellwig Anspr. u. Klagr. S. 388/398.
2) Allfeld Litt. UrhGes. S. 217, RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR S. 93, 354.
3) Seuffert ZPO. (9) Note 2 zu § 259.
4) Wendt im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 85/86.
5) Mannhardt in der D. JurZtg. Bd. 8 S. 416/417.
6) Kohler in Goltdammers Arch. Bd. 47 S. 154.
7) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29.
8) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 49.
9) Sächs. Arch. Bd. 13 S. 72.
10) Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 11.
11) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 56 Nr. 72.
12) Entsch. d. RGer. i ZivS. Bd. 60 Nr. 2.
13) Jur. Wochenschr. 1905 S. 174.
14) Jur. Wochenschr. 1905 S. 237.
15) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 61 Nr. 88.
16) RSpr. d. OLG. Bd. 2 S. 482.

Digitized by Google

sich die Oberlandesgerichte Celle am 5. Mai 1902[1], Kolmar am 10. Oktober 1902[2] und Hamburg am 7. Februar 1903[3] zu der Ansicht des Reichsgerichts bekannt. Auch Stein[4], Fuld[5] und Endemann[6] pflichten dem Reichsgericht bei.

Für eine noch enger begrenzte allgemeine Unterlassungsklage tritt schließlich Örtmann[7] ein. Er behauptet, eine Unterlassungsklage sei überall begründet, wo die Verletzung eines Rechts, nicht aber auch dort, wo die Verletzung eines bloßen Rechtsgutes, wie z. B. der Ehre oder des Kredits, vorliege und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien.

Die meisten stehen alle dem ablehnend gegenüber. Dieser Standpunkt kommt freilich im allgemeinen nur darin zum Ausdruck, daß man bei der Darstellung unseres Rechts sich darauf beschränkt, die in ihm anerkannten einzelnen Unterlassungsklagen zu erwähnen. Lau[8] tritt den Versuchen, eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen, mit Entschiedenheit entgegen, freilich ohne ihre Schwächen aufdecken zu können und daher ohne Beachtung zu finden.

Für die verschiedenen Formen der allgemeinen Unterlassungsklage gibt man vornehmlich zwei Begründungen. Die eine, die sehr allgemein, ja beinahe naturrechtlich ist, rührt vom Reichsgericht her. Die andere, dem besonderen Inhalt unseres heutigen Rechts entnommene, stammt von Hellwig.

Das Reichsgericht stützt in einer ganzen Reihe von Entscheidungen die allgemeine Unterlassungsklage auf den Satz, wo das Gesetz ein Recht gewähre oder eine Verpflichtung auferlege, da müsse es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch im Wege

1) RSpr. d. OLG. Bd. 5 S. 239/240.

2) RSpr. d. OLG. Bd. 5 S. 386.

3) Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 497.

4) Stein Voraussf. d. RSchutzanspr. S. 121/124.

5) Fuld im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 257/265 und in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 373.

6) Endemann Bgl. R. Bd. 1 (8) S. 1265.

7) Örtmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 616/623.

8) Lau in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 497/508.

Digitized by Google

der Klage zu verfolgen[1]. Aus diesem Satze folgert es, daß überall, wo ein unerlaubtes Verhalten stattgefunden habe und weitere Beeinträchtigungen drohten, die Unterlassungsklage gegeben sei.

Die Oberlandesgerichte Celle, Kolmar und Hamburg, ferner Stein, Endemann und Fuld haben sich diese Begründung einfach angeeignet.

Mannhardt hat sie für seine weitergehende Ansicht übernommen, die Unterlassungsklage sei überall begründet, wo die Verletzung einer Unterlassungspflicht drohe, ohne daß es einer vorausgegangenen Verletzung bedürfe. Daß ein materieller Anspruch auch prozessual verfolgbar ist, sagt er, liegt in seinem Begriff und braucht nicht besonders ausgesprochen zu werden.

Ebenso Örtmann für seine engere Meinung, die Unterlassungsklage sei stets begründet, wo die Verletzung eines Rechts, nicht eines bloßen Rechtsgutes, vorliege und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien. Er meint, es gehöre zum Wesen der absoluten Rechte (an die Forderungsrechte denkt er nicht), im Falle der Störung eine Unterlassungsklage zu erzeugen.

Ist diese Begründung richtig? Ist es wahr, daß mit dem Anspruch, dem Recht gegen irgend jemand auf irgend ein Tun oder Lassen, notwendig ein Klagrecht, ein Recht gegen den Staat auf Verurteilung des Verpflichteten[2], verbunden ist?

Es ist gewiß im Sinne des Reichsgerichts, wenn man den von ihm aufgestellten Satz etwas genauer faßt. Daß die Ansprüche durch Klagrechte geschützt sind, ist keine Notwendigkeit, nichts, was sich in allen Rechtsordnungen findet: auf niedrigen Stufen der Kultur genießen die Ansprüche keinen solchen Schutz. Ja selbst in unserer Rechtsordnung sind nicht alle Ansprüche derart geschützt:

1) Urteile des Reichsgerichts vom 11. April 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29), 11. Juni 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 49), 10. Juli 1902 (Sächs. Arch. Bd. 13 S. 72), 11. November 1902 (Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 11), 14. Dezember 1902 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 56 Nr. 72) und vom 3. März 1905 (Jur. Wochenschr. 1905 S. 237). Ebenso schon für das frühere Recht die Urteile vom 6. März 1880 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd 25 Nr. 75) und vom 8. Januar 1897 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 99).

2) Über Anspruch und Klagrecht siehe Laband Staatsr. Bd. 3 (4) S. 350, Wach ZivProzR. S. 19/24, Feststellungsanspr. S. 15/33, Hellwig Anspr. u. Klagr. S. 145/150, Stein, Voraussf. d. RSchutzanspr. S. 115.

Digitized by Google

es gibt natürliche Verbindlichkeiten, Ansprüche, denen kein Klagrecht zur Seite steht. Das eine wie das andere hat das Reichsgericht sicher nicht verkannt, der von ihm aufgestellte Satz ist daher genauer so zu fassen: nach heutigem deutschem Recht sind die Ansprüche im Zweifel durch Klage geschützt.

Aber auch in dieser Fassung ist der Satz nicht richtig. Wenn mir jemand am 1. Juli 1906 ein Haus verkauft hat, das am 1. Januar 1907 übereignet werden soll, so habe ich während der zweiten Hälfte des Jahres 1906 zwar einen Anspruch, aber unter gewöhnlichen Umständen kein Klagrecht. Nicht zum Schutz jedes Anspruches ist im Zweifel ein Klagrecht gegeben, sondern nur zum Schutz des Anspruchs auf eine fällige Leistung. Das folgt aus der verschiedenen Art, in der unsere Gesetze bei der Gewährung von Klagrechten verfahren.

Wo es sich um eine fällige Leistung handelt, da gehen unsere Gesetze von dem Gedanken der Klagbarkeit aus und heben es als Ausnahme hervor, wenn kein Klagrecht gegeben ist. So z. B. daß die Nachlaßgläubiger zugunsten ihrer Ansprüche gegen den Erben bis zur Annahme der Erbschaft keine Klage haben (§ 1958 BGB.), daß der Besitzer zugunsten seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen keine Klage hat, bevor der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat (§ 1001 BGB.), daß die Frau zugunsten der Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, im allgemeinen während der Verwaltung und Nutznießung keine Klage hat (§ 1394 BGB.).

Dagegen, wo die Leistung noch nicht fällig ist, bildet den Ausgangspunkt unserer Gesetze umgekehrt der Gedanke, daß kein Klagrecht begründet ist: hier wird es daher besonders gesagt, wenn ausnahmsweise geklagt werden kann. Z. B. daß jemand, der zu einem bestimmten Termin die Räumung eines Grundstücks zu fordern berechtigt ist, bereits vor diesem Termin klagen (§ 257 ZPO.), daß jemand, der wiederkehrende Leistungen zu beanspruchen hat, die Klage auch auf die noch nicht fälligen Leistungen richten kann (§ 258 ZPO.).

Dieser Gegensatz ist begreiflich. Wenn der Anspruch fällig geworden und trotzdem nicht befriedigt worden ist, so erscheint der

Digitized by Google

Ruf des Berechtigten nach Staatshilfe ohne weiteres als begründet. Ist dagegen die Fälligkeit noch nicht eingetreten und kann also noch gar keine Rechtsverletzung vorliegen, so bedarf er besonderer Rechtfertigung.

Daß nach unserem Recht nur bei Fälligkeit der Leistung im Zweifel ein Recht auf Verurteilung gegeben ist, wird uns durch die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung bestätigt. § 190 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte in Absatz 1 ausdrücklich: „Die Verurteilung zur Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit eingetreten ist", in Absatz 2 und 3 folgten Ausnahmen von dieser Regel. Allerdings wurde Absatz 1 von der zweiten Kommission gestrichen, aber nur deshalb, weil die Kommission der Ansicht war, „daß der in ihm enthaltene Rechtssatz aus den Vorschriften der Absätze 2 und 3", die übrigens in den Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung verwiesen wurden, „sich von selbst ergebe"[1]: einen Antrag, der darauf ging, die Verurteilung wegen einer nicht fälligen Leistuug allgemein zuzulassen, lehnte die Kommission ab[2]. Endlich bezeichnete auch die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung es bei den, aus § 190 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch hervorgegangenen, §§ 231a bis 231c (jetzt §§ 257 bis 259) als den grundsätzlichen Standpunkt der geltenden Gesetze, daß die Verurteilung zu einer Leistung erst dann zu erfolgen habe, wenn die Fälligkeit eingetreten sei[3].

Deshalb darf man, im Gegensatz zum Reichsgericht, nur sagen, daß nach heutigem deutschem Recht die Ansprüche auf eine fällige Leistung im Zweifel durch Klage geschützt sind.

Sobald diese Begrenzung des Satzes von der grundsätzlichen Klagbarkeit der Ansprüche erkannt ist, sieht man deutlich, daß er sich nicht zur Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage verwerten läßt. Denn die Unterlassungsklage hat niemals eine fällige Leistung zum Gegenstande.

---

1) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 1 S. 245.

2) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 6 S. 656/658.

3) Stenogr. Ber. d. Reichst. 1897/1898 Anlagebd. 1 S. 571.

Digitized by Google

Bei den Ansprüchen auf ein Unterlassen wird die Leistung fällig in dem Augenblick, in welchem das Unterlassen zu erfolgen hat, bei den Ansprüchen auf ein dauerndes Unterlassen wird in jedem Augenblick ein Teil der Leistung fällig. Bei dem Anspruch der bei einer Zwangsversteigerung Beteiligten, daß der mit deren Vornahme Beauftragte den Gegenstand nicht selbst ansteigert (§ 456 BGB.), tritt die Fälligkeit der Leistung im Augenblick der Versteigerung ein, bei dem Anspruch des Prinzipals, daß der Handlungsgehilfe ohne seine Einwilligung weder ein Handelsgewerbe betreibt noch auch nur einzelne Geschäfte in demselben Handelszweige macht (§ 60 HGB.), findet ein fortwährendes Fälligwerden einzelner Teile der Leistung statt.

Auf die fällige Unterlassung oder den fälligen Teil der Unterlassung kann nun niemals geklagt werden. Für eine solche Klage fehlt es an einem Gegenstande, weil sich eine Unterlassung nicht nachholen läßt: ist der Unterlassungspflicht im Zeitpunkt der Fälligkeit zuwidergehandelt worden, so kann sie nachträglich nicht mehr erfüllt werden. Die Klage auf Unterlassung kann daher immer nur die noch nicht fällige Unterlassung oder den noch nicht fälligen Teil der dauernden Unterlassung zum Gegenstande haben. Hier ist noch eine Erfüllung möglich, und hier hat daher auch eine Verurteilung zur Erfüllung einen Sinn.

Aus dem Satz von der grundsätzlichen Klagbarkeit der Ansprüche, der nur die Ansprüche auf eine fällige Leistung betrifft, läßt sich also eine allgemeine Unterlassungsklage nicht ableiten. Das ist der Grund, weshalb das Bürgerliche Gesetzbuch in zahlreichen Einzelvorschriften eine Unterlassungsklage anerkennt. Die Verfasser haben weder aus Nachlässigkeit noch aus Redseligkeit in fünfzehn Paragraphen einzelne Unterlassungsklagen aufgenommen, sondern sie sind einfach dem bisherigen Verfahren der Gesetzgebung treugeblieben: die Klagen wegen fälliger Ansprüche als selbstverständlich gegeben zu betrachten, dagegen die Klagen wegen nichtfälliger Ansprüche ausdrücklich zu gewähren.

Der Versuch des Reichsgerichts, aus dem Satz von der Klagbarkeit der Rechte eine allgemeine Unterlassungsklage herzuleiten, ist also mißlungen.

Digitized by Google

Die Unrichtigkeit des eingeschlagenen Weges tritt darin hervor, daß er es nicht ermöglicht hat, der allgemeinen Unterlassungsklage irgend eine bestimmte Gestalt zu geben. Ließe sich wirklich aus dem Satz von der Klagbarkeit der Rechte ohne weiteres eine allgemeine Unterlassungsklage ableiten, so müßte sich aus jenem Satze unmittelbar auch die Beschaffenheit dieser Klage ergeben. Das ist nicht der Fall. Die Vertreter jener Begründung sind verschiedener Meinung darüber, ob die Unterlassungsklage zum Schutz jedes von der Rechtsordnung gewährleisteten Interesses gegeben ist (Reichsgericht, Mannhardt) oder nur zum Schutz einer bestimmten Art solcher Interessen (Örtmann), ob sie nur durch die Gefahr künftiger Verletzung bedingt ist (Mannhardt) oder durch eine vorausgegangene Verletzung und die Gefahr ihrer Wiederholung (Reichsgericht, Örtmann). Ohne den § 890 der Zivilprozeßordnung, bei dessen Nichtvorhandensein sie ja ebenfalls die Unterlassungsklage verteidigen müßten, könnten sie ebenso darüber streiten, worauf sich die Unterlassungsklage richte, ob nur darauf daß der Verpflichtete zur Unterlassung verurteilt werde (code civil bei Forderungsrechten), oder außerdem darauf daß ihm der Richter die Gelobung einer Strafsumme für den Fall der Zuwiderhandlung auferlege (älteres gemeines Recht) oder auch ihm eine an den Kläger (code civil bei Ausschließungsrechten) oder an den Staat zu zahlende Geldstrafe (späteres gemeines Recht, codex Maximilianeus, allgemeines Landrecht, sächsisches bürgerliches Gesetzbuch) oder vielleicht auch eine Haftstrafe androhe.

Hellwig vermeidet in seiner Begründung der allgemeinen Unterlassungsklage den Fehler des Reichsgerichts. Er stützt die allgemeine Unterlassungsklage auf eine der Vorschriften, in denen eine Klage wegen einer nicht fälligen Leistung anerkannt wird, nämlich auf § 259 ZPO.: „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“. Hellwig behauptet, Leistung im Sinne des § 259 könne auch ein Unterlassen sein, mithin könne auf Grund des § 259 auf Unterlassung geklagt werden, wenn den

Digitized by Google

Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß der zur Unterlassung Verpflichtete seiner Unterlassungspflicht zuwiderhandeln werde, die Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs seien durch diese spätere Vorschrift überflüssig geworden[1].

Die Begründung Hellwigs ist von Wendt[2], Allfeld[3] und Seuffert[4] gebilligt worden. Hölder[5] und Stein[6] haben Bedenken gegen sie vorgebracht, ohne sie widerlegen zu können. Die meisten sind mit einem gewissen Unbehagen an ihr vorbeigegangen[7]: der ganze Gedankengang widerstrebte dem Gefühl, ohne daß man doch einen Fehler in ihm aufzuweisen vermochte.

Um Hellwigs Begründung beurteilen zu können, muß man vor allem den Sinn des § 259 ZPO. zu erkennen suchen. Man kann § 259 nur im Zusammenhang mit den §§ 257 und 258 verstehen, mit denen gemeinsam er in die neue Gestalt der Zivilprozeßordnung von 1898 eingefügt worden ist.

§ 257 ZPO. bestimmt: „Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraums oder eines anderen Raumes an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden". § 258: „Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden". § 259: „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde".

1) Hellwig Anspr. u. Klagr. S. 388/397.
2) Wendt im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 85/86.
3) Allfeld Litt. UrhGes. S. 217, RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 93, 354.
4) Seuffert ZPO. (9) Note 2 zu § 259.
5) Hölder in Buschs Zeitschr. f. ZivProz. Bd. 29 S. 64/65.
6) Stein Voraussf. des RSchutzanspr. S. 119/121.
7) Struckmann u. Koch ZPO. (8) Note 1 zu § 259 und Weismann ZivProzR. Bd. 1 S. 58 Note 5 teilen sie mit, ohne Stellung zu nehmen. Biermann Sachenr. (2) Note 2 zu § 862 nennt sie „mindestens problematisch". Förster ZPO. (2), Reincke ZPO. (5), Petersen ZPO. (5) zu § 259 erwähnen sie gar nicht, ebensowenig die verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts, die eine allgemeine Unterlassungsklage anerkennen.

Digitized by Google

Welches ist der Sinn dieser Bestimmungen? Gewähren sie Klagrechte ganz neuen Inhalts, vorbeugende Klagrechte, darauf gerichtet, daß der Verpflichtete verurteilt werde, rechtzeitig zu leisten, sich der Rechtsverletzung durch Versäumung der Leistungsfrist zu enthalten? Hat etwa das Klagrecht des § 257 den Zweck, die Verletzung der Räumungspflicht durch den Mieter zu verhindern? Oder beschränken sich jene Bestimmungen darauf, die alten ausgleichenden Klagrechte, die darauf gehen, daß der andere zur Beseitigung der erfolgten Rechtsverletzung, namentlich zur nachträglichen Leistung, verurteilt werde, in einem früheren Zeitpunkt zu gewähren? Hat das Klagrecht des § 257 den Zweck, nachdem der Mieter die Räumungspflicht verletzt hat, die nachträgliche Räumung möglichst schnell herbeizuführen?

Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Hätten durch die Einfügung der §§ 257 bis 259 in die Zivilprozeßordnung neue vorbeugende Klagrechte geschaffen werden sollen, so hätten die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung einer Ergänzung bedurft.

Wenn ein Mieter die gemietete Wohnung am 3. Januar 1907 zu räumen hat und der Vermieter einer Verletzung der Räumungspflicht vorbeugen möchte, so genügt hierzu nicht, daß er gegen den Mieter schon jetzt ein Urteil auf Räumung erlangen kann: dieses Urteil macht es ihm nur möglich, nachdem der 3. Januar verstrichen ist, alsbald die nachträgliche Räumung durchzusetzen. Zur Verhütung der Rechtsverletzung müßte der Vermieter ein Urteil erlangen können, das dem Mieter unter Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung die rechtzeitige Räumung auferlegte.

Wären die §§ 257 bis 259 bestimmt gewesen, neue vorbeugende Klagrechte zu schaffen, so hätte man also in die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung sicher den Satz aufgenommen: bei der Verurteilung zu einer künftigen Leistung kann dem Schuldner auf Antrag des Gläubigers für den Fall, daß die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, eine Geldstrafe bis zu . . . Mark oder Haftstrafe bis zu . . . Monaten angedroht werden. Das ist nicht geschehen, und wir müssen daher annehmen, daß die §§ 257 bis 259 lediglich die Bedeutung haben, die alten ausgleichenden Klagrechte in einem früheren Zeitpunkt zu gewähren. Der Berechtigte soll unter Umständen schon vor der Fälligkeit seines

Anspruchs ein Urteil erlangen können, das ihm ermöglicht, sobald die Fälligkeit eingetreten und die Leistung nicht erfolgt ist, die Rechtsverletzung im Wege der Zwangsvollstreckung zu beseitigen.

Daß dies der Sinn der §§ 257 bis 259 ist wird uns durch ihre Entstehungsgeschichte bestätigt. Die §§ 257 und 258 sind hervorgegangen aus § 190 Absatz 2 und 3 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch: daß hier eine Verurteilung für einen künftigen Zeitpunkt zugelassen wurde, begründeten die Motive damit, hier ließen „Zweckmäßigkeitsrücksichten es als geboten erscheinen, dem Berechtigten für den Eintritt der betreffenden Zeit die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung im voraus zu eröffnen"[1]. Die zweite Kommission verwies die beiden Bestimmungen in den Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung, hierbei verglich man sie mit der Vorschrift des § 702 ZPO. (jetzt § 794), die dem Gläubiger die Möglichkeit gewähre, „sich schon vor der Fälligkeit das Recht zur Zwangsvollstreckung wegen seines Anspruchs für den Tag der Fälligkeit dadurch zu sichern, daß er sich von dem Schuldner eine vollstreckbare Urkunde ausstellen lasse"[2]. § 259 ist erst in dem Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung hinzugekommen, die Begründung bemerkte dazu, mit Rücksicht auf die Anforderungen des Verkehrs müsse „auch dann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, der Gläubiger in die Lage versetzt werden, seine Rechte so zeitig wahrzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung wenn nötig mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnen" könne[3].

Damit ist der Sinn des § 259 ZPO. klargestellt. Wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, so kann der Gläubiger schon jetzt die Klage erheben, die er an sich erst nach Eintritt der Fälligkeit erheben könnte. Er kann schon jetzt auf Beseitigung der künftig eintretenden Rechtsverletzung klagen, damit sofort nach deren Eintritt die Zwangsvollstreckung zu ihrer Beseitigung beginnen kann.

1) Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 365.

2) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 6 S. 657.

3) Sten. Ber. d. Reichst. 1897/1898 Anlagebd. 1 S. 571.

Digitized by Google

Sobald diese Bedeutung des § 259 erkannt ist, liegt es auf der Hand, daß er nicht zur Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage verwendet werden kann.

Erstens gewährt § 259 eine Klage auf künftige Leistung nur insoweit, als bereits anderweit eine Klage auf die fällige Leistung gewährt ist. Eine Klage auf die fällige Unterlassung aber gibt es nicht. Eine Unterlassung kann nicht nachgeholt werden, und es fehlt also an einem Gegenstand für eine solche Klage. Das ist ohne weiteres klar bei den Ansprüchen auf ein einmaliges Unterlassen. Wenn sich ein Vereinsmitglied verpflichtet hat, sich in einer bestimmten Sache der Abstimmung zu enthalten, so kann eine Klage auf die fällige Unterlassung nicht in Frage kommen, denn entweder hat das Mitglied seine Verpflichtung erfüllt oder die Erfüllung ist unmöglich geworden. Aber auch bei den Ansprüchen auf ein dauerndes Unterlassen ist es nicht anders. Wenn jemand sich verpflichtet hat, einen Weg nicht zu befahren, kann ebenfalls von einer Klage auf die fällige Unterlassung nicht die Rede sein, denn auch hier ist der Teil der Verpflichtung, der in jedem Augenblick fällig wird, in diesem Augenblick entweder erfüllt worden oder unerfüllbar geworden.

Zweitens gewährt § 259 nur eine Klage zur Beseitigung der erfolgten Rechtsverletzung, diese Klage soll die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung bereitstellen, damit die Beseitigung der Verletzung unmittelbar nach deren Eintritt erfolgen kann. Die Unterlassungsklage aber dient immer der Verhütung einer drohenden Rechtsverletzung. Sie sucht ein Urteil zu erlangen, durch das jemandem bei Strafe ein gewisses Tun untersagt und er so von der Rechtsverletzung, zu der er geneigt sein könnte, zurückgehalten wird. Auch wo sie erst infolge einer vorausgegangenen Rechtsverletzung angestrengt wird, richtet sie sich nicht darauf, deren Wirkung zu beseitigen, sondern ihre Wiederholung zu verhindern. Sie ist nicht ausgleichender, sondern vorbeugender Natur.

Auch aus § 259 ZPO. läßt sich somit keine allgemeine Unterlassungsklage ableiten. Wir brauchen nicht anzunehmen, daß § 259 die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über einzelne Unterlassungsklagen beseitigt und durch eine weitergehende Bestimmung ersetzt habe. Jene Vorschriften und § 259

Digitized by Google

haben allerdings das miteinander gemeinsam, ausnahmsweise zum Schutz nichtfälliger Ansprüche Klagrechte zu gewähren. Aber dennoch besteht ein entschiedener Gegensatz. Während die einzelnen Unterlassungsklagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorbeugende Klagen sind, dazu bestimmt, eine künftige Rechtsverletzung zu verhüten, ist die Klage des § 259 ZPO. eine ausgleichende Klage, die dazu dient, die alsbaldige Beseitigung einer künftigen Rechtsverletzung zu ermöglichen.

Man darf danach sagen, daß auch Hellwigs Versuch, eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen, fehlgeschlagen ist.

3.

Dennoch brauchen wir nicht darauf zu verzichten, eine allgemeine Unterlassungsklage als in unserem Recht gegeben zu betrachten.

Sie ist überall begründet, wo eine Verletzung eines Privatrechts und, wenn dieses ein Forderungsrecht ist, ungeachtet einer Abmahnung auch noch eine weitere Verletzung stattgefunden hat und infolgedessen ein künftiges das Recht verletzendes Tun des Verletzers zu befürchten ist. Eine allgemeine Unterlassungsklage dieses Inhalts läßt sich aus den Bestimmungen unseres Rechts über einzelne Unterlassungsklagen ableiten.

Es ist merkwürdig, daß man bisher so gut wie gar nicht versucht hat, auf diese so naheliegende Art zu einer allgemeinen Unterlassungsklage zu gelangen. Nur ein paar Entscheidungen des Reichsgerichts erklären ohne jede Begründung die „analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 BGB."[1], die „entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 1004 BGB."[2] für zulässig. Der Weg der Analogie lag offen da: weshalb hat man sich gescheut, ihn zu betreten?

Dies rührt wohl daher, daß die Analogie bei uns überhaupt

1) Urteile des Reichsgerichts vom 5. Januar 1905 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 60 Nr. 2) und vom 16. Oktober 1905 (Entsch. d. RGer. i. Ziv. Bd. 61 Nr. 88).

2) Urteil des Reichsgerichts vom 18. Januar 1905 (Jur. Wochenschr. 1905 S. 174).

Digitized by Google

nur zu wenig entwickelt ist. Der Gebrauch, den man von ihr macht, ist ebenso dilettantisch, wie die Art, in der man sie ablehnt, pedantisch ist. Wenn ein Gesetz für gewisse Einzelfälle etwas bestimmt, so sind die einen gleich bei der Hand, zur Analogie zu greifen und die Vorschrift auf allerlei ähnliche Fälle anzuwenden. Die anderen kommen mit dem argumentum a contrario und sagen, was das Gesetz nur für einzelne Fälle vorgeschrieben habe, das habe auch nur für diese Fälle zu gelten. Sichere Grundsätze aber, nach denen solche Fragen entschieden werden könnten, sind nicht vorhanden: obwohl die Analogie das wichtigste Mittel der Rechtswissenschaft zur Fortentwicklung des Rechts ist, fehlt es an einer Methode der Analogie.

Das Problem der Analogie läßt sich so bestimmen: Wenn in der rechtlichen Regelung von Einzelfällen ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung kommt, der über diese Einzelfälle hinausgreift, in welchem Umfange haben wir dann diesen allgemeinen Grundsatz zur Geltung zu bringen?

Daß ein Gesetz einen allgemeinen Grundsatz nur in Anwendung auf einige Einzelfälle ausspricht, beruht zuweilen auf bewußter Tat der Gesetzgeber. Hier kann das Gesetz einen doppelten Sinn haben.

Erstens den Sinn, daß der allgemeine Grundsatz in seinem ganzen Umfang zur Geltung gelangen soll. Die Gesetzgeber wollten den Grundsatz uneingeschränkt anerkennen, sie übersahen aber nicht völlig seine Tragweite: infolgedessen sprachen sie nur einige unzweifelhafte Anwendungen des Grundsatzes aus und überließen es der Wissenschaft, ihn ganz zur Geltung zu bringen.

So haben die Urheber unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs es z. B. bei Regelung der Fähigkeit zu rechtswirksamem Verhalten gemacht. Weil sie das ganze Gebiet des rechtswirksamen Verhaltens nicht übersahen, deshalb sprachen sie die ihnen vorschwebenden allgemeinen Grundsätze der Fähigkeit lediglich für Willenserklärungen und unerlaubte Handlungen aus. Der Wissenschaft überließen sie es, die Tragweite dieser Grundsätze festzustellen und danach zu entscheiden, inwieweit sie auch auf anderes rechtwirksames Verhalten, z. B. die Anzeige von einem Verlust (§ 703 BGB.), die Leistung von Diensten (§ 825 BGB.), das Zusammenleben als Ehegatten (§ 1324 BGB.),

Digitized by Google

die Entdeckung eines Schatzes (§ 984 BGB.) Anwendung zu finden hätten. Das läßt sich unmittelbar aus dem Gesetzbuch entnehmen. Wir können nicht annehmen, daß es die Fähigkeit zu solchem rechtswirksamem Verhalten, das weder Willenserklärung noch unerlaubte Handlung ist, durch keinerlei Vorschriften begrenzen wolle: was liegt näher, als daß in seinem Sinne die für Willenserklärungen und unerlaubte Handlungen geltenden Grundsätze auch auf jenes Verhalten je nach seiner Eigenart Anwendung zu finden haben. Die Bestätigung erhalten wir durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuchs. Sowohl in der ersten Kommission[1] wie in der zweiten[2] war man der Meinung, daß der Entwurf gerade durch die Einschränkung seiner Bestimmungen auf Willenserklärungen und unerlaubte Handlungen „der Wissenschaft die Freiheit wahre, die Anwendbarkeit dieser Normen auf anderweitige Rechtshandlungen, soweit nicht besondere Vorschriften gegeben seien, nach der Natur der einzelnen Handlung zu bestimmen".

Daß ein Gesetz einen allgemeinen Grundsatz nur in Anwendung auf einige Einzelfälle ausspricht, kann aber zweitens auch eine ganz andere Bedeutung haben. Der Grundsatz soll nicht in seinem ganzen Umfang zur Geltung kommen, sondern seine Geltung soll auf einen bestimmten Kreis von Einzelfällen beschränkt bleiben.

So ist es nach unserem bürgerlichem Recht mit dem Grundsatz, daß jemand, dem ein gefährlicher Zustand zum Nutzen gereicht, den aus diesem Zustand für andere erwachsenden Schaden ersetzen muß. Die Urheber des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben Anwendungen dieses Grundsatzes, besonders im Haftpflichtgesetz, vorgefunden, sie haben weitere Anwendungen ins Gesetzbuch aufgenommen, sie haben aber die Geltung des Grundsatzes durchaus auf diese besonderen Fälle beschränken wollen. Im Gesetzbuch selbst kommt das in der sorgfältigen Umgrenzung der einzelnen Fälle solcher Haftung zum Ausdruck. In der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuchs tritt es in den heftigen Kämpfen hervor, die um die Umgrenzung dieser Fälle geführt worden sind. Die Schadenersatzpflicht des Tierhalters wegen des ohne sein Verschulden durch

1) Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 127.
2) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 1 S. 55, 130.

Digitized by Google

das Tier angerichteten Schadens (§ 833 BGB.) sollte sich ursprünglich nicht auf Haustiere beziehen, die Kommission des Reichstages aber beschloß, daß auch bei Haustieren Schadenersatz geleistet werden müsse[1], und nach langer Beratung im Reichstag wurde die Vorschrift in dieser Gestalt Gesetz[2]. Die Schadenersatzpflicht des Jagdberechtigten wegen Wildschadens (§ 835 BGB.) sollte anfangs nur Schwarz-, Rot-, Elch-, Dam- und Rehwild betreffen, die Reichstagskommission fügte Fasanen und Hasen hinzu[3], der Reichstag aber strich nach leidenschaftlichen Erörterungen die Hasen wieder[4], und so kam die geltende Fassung zustande.

In den Fällen der ersten Art, wo der nur in einzelnen Anwendungen ausgesprochene Grundsatz doch in seinem ganzen Umfang gelten soll, ist es unsere Aufgabe, die Tragweite des Grundsatzes zu bestimmen und ihn demgemäß anzuwenden. In denen der zweiten Art, wo die Geltung des Grundsatzes sich auf die Einzelfälle, für die er ausgesprochen ist, beschränken soll, bleibt uns nichts übrig, als bei diesen Einzelfällen stehen zu bleiben.

Ganz dasselbe gilt aber auch dort, wo die Gesetzgeber sich nicht bewußt gewesen sind, bei der Regelung von Einzelfällen einen allgemeinen Grundsatz zur Anwendung zu bringen, und den ihre verschiedenen Vorschriften verbindenden Gedanken nicht zu sehen vermocht haben. Auch hier kann das Gesetz den gleichen doppelten Sinn haben.

Jedes Gesetz will als möglichst vernünftig ausgelegt werden, d. h. es will so gelten, nicht wie die wirklichen Gesetzgeber seinen Inhalt aufgefaßt haben, sondern wie ihn ein vollkommener Gesetzgeber auffassen würde. Die Gesetzgeber, die das Gesetz schufen, haben gewollt, daß die Zukunft ihre Gedanken zu Ende denke, denn nur so ist es möglich, daß das Gesetz die Gegenwart überlebt und sich auch noch unter Umständen bewährt, die seine Urheber sich nicht im entferntesten vorzustellen vermochten. Der allgemeine

1) Ber. d. Reichtagskomm. ü. d. Entw. eines BGB. (Guttentagsche Ausg.) S. 103.

2) Stenogr. Ber. d. Reichst. 1895/1896 S. 3060/3064, 3089.

3) Ber. d. Reichstagskomm. ü. d. Entw. eines BGB. (Guttentagsche Ausg.) S. 104/105.

4) Stenogr. Ber. d. Reichst. 1895/1896 S. 2821/2852, 3064/3067.

Digitized by Google

Wille aber, auf dem die Geltung des Gesetzes fortwährend beruht, richtet sich gleichfalls darauf, daß das Gesetz gelte, nicht wie die Gesetzgeber es einmal aufgefaßt haben, sondern so wie man es jetzt möglichst vernünftig auffassen kann: jede Zeit sieht ein Gesetz mit ihren Augen an und fühlt sich dazu berechtigt.

Hieraus folgt aber, daß, wo ein Gesetz eine Reihe von Einzelbestimmungen trifft, die lauter Anwendungen eines allgemeinen Grundsatzes sind, wir nicht schon deshalb die Geltung des Grundsatzes in seinem ganzen Umfang für ausgeschlossen halten dürfen, weil der Gesetzgeber sich diesen Grundsatz nicht klar gemacht, sondern ihn höchstens dunkel empfunden hat. Vielmehr müssen wir das Gesetz so auslegen, als wenn der Gesetzgeber den Grundsatz deutlich vor Augen gehabt, sich aber darauf beschränkt hätte, ihn für eine Reihe von Einzelfällen auszusprechen. Und gerade wie dort, wo er dies in Wirklichkeit getan hat, müssen wir uns also auch hier fragen: ist es im Sinne des Gesetzes, daß der Grundsatz in seinem ganzen Umfang Anwendung findet oder daß seine Anwendung auf jene Einzelfälle beschränkt bleibt?

Müssen wir das Erste annehmen, so haben wir auch hier die Tragweite des Grundsatzes festzustellen und ihn demgemäß anzuwenden. Ergibt sich das Zweite, so haben wir auch hier auf jedes Hinausgehen über die Einzelfälle, für die er ausgesprochen ist, zu verzichten.

Aber wie können wir den Sinn des Gesetzes erkennen? Wie erfahren wir, ob der vom Gesetz nur für eine Reihe von Einzelfällen ausgesprochene allgemeine Grundsatz in vollem Umfange gelten, oder ob seine Anwendbarkeit auf diese Einzelfälle beschränkt bleiben soll? Hier können nur die allgemeinen Grundsätze der Auslegung entscheiden.

Das heißt wir müssen in zweifelhaften Fällen zunächst versuchen, den Sinn des Gesetzes unmittelbar aus seinen Vorschriften zu entnehmen. Vielleicht enthalten die in Betracht kommenden Bestimmungen selbst irgend etwas, das uns über die Absicht des Gesetzes Aufschluß erteilt. Vielleicht können wir auch aus ganz anderen Bestimmungen einen Schluß auf diese Absicht ziehen.

Wo dieser Weg nicht zum Ziele führt, da sind wir genötigt, die Grundrichtung des Gesetzes ins Auge zu fassen. Ein Gesetz

Digitized by Google

kann entweder darauf ausgehen, eine bereits bestehende Regelung festzulegen, oder darauf, eine möglichst gute neue Regelung zu schaffen. Die meisten Gesetze suchen beiden Zielen in gewissem Umfang gerecht zu werden, wobei freilich immer eins überwiegt. In konservativen Gesetzen, so im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch, steht das Streben nach Anschluß an das Bestehende im Vordergrunde, das man freilich in guter Richtung weiterzuentwickeln bestrebt ist. In radikalen Gesetzen, so z. B. im code civil, herrscht das Streben nach möglichst guter Regelung vor, bei der man aber immerhin an das Bestehende anknüpft. Wo wir nun den Sinn eines Gesetzes nicht unmittelbar aus seinen Vorschriften erkennen können, da müssen wir von mehreren möglichen Auffassungen derjenigen den Vorzug geben, die dieser Grundrichtung gemäß ist. Bei konservativen Gesetzen müssen wir die Regelung als gewollt betrachten, die der geschichtlichen Entwicklung am meisten entspricht, soweit aber darüber nichts festzustellen ist, die bessere Regelung. Bei radikalen Gesetzen müssen wir die bessere Regelung, soweit sich aber ein Vorzug nicht nachweisen läßt, die der geschichtlichen Entwicklung am meisten entsprechende als gewollt betrachten.

Die Vorarbeiten des Gesetzes dagegen müssen wir zunächst ganz aus dem Spiele lassen: wir wollen ja den Sinn des Gesetzes kennen lernen, nicht die, womöglich verschiedenen, Vorstellungen, die sich seine verschiedenen Urheber von ihm gemacht haben. Aber diese Vorstellungen sind doch vielfach richtig, und deshalb können wir, wenn wir aus dem Gesetze selbst zu einem Ergebnis gelangt sind, die Vorarbeiten zu dessen Nachprüfung verwenden. Wo unsere Auffassung durch die Vorarbeiten bestätigt wird, da darf uns dies in unserer Meinung bestärken, wo die Vorarbeiten ihr entgegenstehen, da müssen wir uns entschließen, noch einmal sorgfältig zu erwägen, ob unsere Gründe wirklich ausreichen.

Das Ergebnis ist dieses. Analogie bedeutet, daß ein allgemeiner Grundsatz, den ein Gesetz nur in seiner Anwendung auf gewisse Einzelfälle ausspricht, in seinem vollen Umfang zur Geltung gebracht wird. Hierzu sind wir berechtigt, gleichviel ob die Gesetzgeber sich des Grundsatzes bewußt geworden sind oder ihn unbewußt angewandt haben. Wir sind aber nur dann dazu berechtigt, wenn es im Sinne des Gesetzes ist, daß der Grundsatz

Digitized by Google

nicht nur in jenen Einzelfällen, sondern ganz zur Geltung kommt. Ob dies der Fall ist, das haben wir nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung festzustellen.

In den Bestimmungen unserer Rechtsordnung über einzelne Unterlassungsklagen kommt ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung: der Grundsatz, daß, wo ein Privatrecht verletzt worden, bei einem Forderungsrecht außerdem trotz einer Abmahnung eine weitere Verletzung erfolgt ist und infolgedessen ein künftiges verletzendes Tun des Verletzers befürchtet werden muß, der Berechtigte auf Unterlassung klagen kann. Die einzelnen Unterlassungsklagen, die unser Recht zum Schutz von Rechten aller Art, sowohl von dinglichen Rechten wie von Rechten an unkörperlichen Gütern und von Forderungsrechten, gewährt, stellen sich als Anwendungen dieses Grundsatzes dar. Die Frage ist nur: Müssen wir bei diesen Einzelanwendungen stehen bleiben, oder haben wir den Grundsatz über sie hinaus in seiner ganzen Tragweite zur Geltung zu bringen?

Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind sich des Grundsatzes gewiß nicht bewußt geworden. Wo ihnen eingefallen ist, daß der Verletzung eines Rechtes weitere Verletzungen folgen könnten, da haben sie dem Verletzten eine Unterlassungsklage gewährt, sie sind aber weit davon entfernt gewesen, alle diese Unterlassungsklagen im Zusammenhang zu betrachten. Hätten sie dies getan, so würden sie schwerlich Unterlassungsklagen von ganz gleicher Bedeutung in verschiedener Form gewährt und z. B. die Unterlassungsklage des Eigentümers und des Pfandgläubigers daran geknüpft haben, daß der Berechtigte in bestimmter Weise beeinträchtigt wird und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind (§§ 1004, 1227 BGB.), dagegen die des Hypothekengläubigers und des Reallastberechtigten einfach daran, daß der Berechtigte in bestimmter Weise beeinträchtigt wird (§§ 1134, 1107 BGB.). Hätten sie die verschiedenen Unterlassungsklagen im Zusammenhang betrachtet, so hätten sie vielleicht überhaupt darauf verzichtet, zum Schutz von einzelnen Rechten Unterlassungsklagen zu gewähren, und statt dessen den Bestimmungen über den Schutz der Rechte

Digitized by Google

(§§ 227, 229 BGB.) eine Vorschrift, die allgemein eine Unterlassungsklage gewährte, hinzugefügt.

Aber darauf, ob die Verfasser des Gesetzbuches sich des Grundsatzes bewußt geworden sind, den sie in einer Reihe von Einzelfällen zur Anwendung brachten, kommt es nicht an. Wir haben das Gesetz nicht so aufzufassen, wie es den Gesetzgebern erschienen ist, sondern so, wie es einem vollkommenen Gesetzgeber erscheinen würde. Nachdem der Grundsatz einmal im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden hat, haben wir uns nur zu fragen, ob es auch im Sinne des Gesetzbuchs ist, daß er allgemein gilt, über die Einzelfälle hinaus, in denen er zur Erscheinung kommt. Und diese Frage ist zu bejahen.

Das geht unmittelbar aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über einzelne Unterlassungsklagen hervor. Die Fälle, in denen es in Verbindung mit den es ergänzenden Rechtsvorschriften eine Unterlassungsklage gewährt, haben nichts miteinander gemeinsam, was sie von anderen Fällen unterschiede und der Gesetzgebung Grund gäbe, gerade hier und nur hier diesen Schutz zur Verfügung zu stellen.

Weshalb sollte das Bürgerliche Gesetzbuch dem Eigentümer und dem Besitzer nur wenn ihnen die nochmalige Beschädigung der Sache (§§ 1004, 862 BGB.), nicht aber auch wenn ihnen deren nochmalige Entziehung (§ 985 BGB.) droht, die Unterlassungsklage geben wollen? Es ist gewiß in seinem Sinne, daß die Unterlassungsklage, die es fast bei jeder Verletzung eines dinglichen Rechtes ausdrücklich gewährt, ganz allgemein begründet ist, wo die Verletzung eines dinglichen Rechts sich fortzusetzen oder zu wiederholen droht.

Warum sollte ferner das Gesetzbuch zwar wollen, daß der Gewerbtreibende, der einen weiteren Eingriff in seine Beziehung zu seinen Abnehmern zu befürchten hat, die Unterlassungsklage hat (§§ 1, 6, 8 WettbewGes.), nicht aber auch der Vater, der von einem weiteren Eingriff in sein Verhältnis zu seinem Kinde (§ 1632 BGB.) bedroht ist? Im Sinne des Gesetzbuchs, das zum Schutz des Namenrechts ausdrücklich die Klage gewährt, das

Digitized by Google

zum Schutz der meisten anderen Rechte an unkörperlichen Gütern, z. B. des Firmenrechts, des Rechts an einem Warenzeichen, des Rechts an einem Gebrauchsmuster, des Patentrechts, des Rechts an einem Betriebsgeheimnis, die Unterlassungsklagen des älteren Reichsrechts aufrechterhalten hat, ist es sicher, daß zum Schutz der Rechte an unkörperlichen Gütern ganz allgemein die Unterlassungsklage gegeben ist.

Haben wir nun irgend einen Grund für die Annahme, daß das Gesetzbuch zwar die Unterlassungsklage gewähren will, wo jemandem, dessen Sache beschädigt worden ist, weitere Sachbeschädigungen (§ 1004 BGB.), nicht aber, wo jemandem, der mißhandelt worden ist, weitere Mißhandlungen (§ 823 BGB.) drohen? daß es sie für gerechtfertigt hält, wo jemandem weitere üble Nachrede über sein Geschäft (§ 6 WettbewGes.), nicht aber auch dort, wo ihm weitere üble Nachrede über seine Person (§ 824 BGB.) droht? Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch zum Schutz der dinglichen Rechte, wenn es in gleicher Weise zum Schutz der Rechte an unkörperlichen Gütern die Unterlassungsklage gewährt, so ist es gewiß in seinem Sinne, daß sie auch zum Schutz des so unvergleichlich viel wichtigeren Persönlichkeitsrechtes stattfindet.

Ist ferner irgend ein Grund für die Annahme vorhanden, daß das Gesetzbuch die Unterlassungsklage zwar geben will, wo jemand die Wiederholung einer Sachbeschädigung (§ 1004 BGB.) oder eines Namensmißbrauchs (§ 12 BGB), nicht aber, wo er die Wiederholung einer kein einzelnes Gut berührenden vorsätzlichen und unsittlichen Schädigung (§ 826 BGB.) zu befürchten hat? Gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch zum Schutz aller der Ausschließungsrechte, deren Gegenstand ein einzelnes Gut ist, die Unterlassungsklage, so ist es sicher in seinem Sinne, daß sie auch zum Schutz der Ausschließungsrechte, die einen ganzen Güterkreis zum Gegenstande haben, und somit zum Schutz aller Ausschließungsrechte gegeben ist.

Warum endlich sollte das Gesetzbuch nur dann die Unterlassungsklage gewähren wollen, wenn der Mieter von der Sache einen unerlaubten Gebrauch macht und den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fortsetzt (§ 550 BGB.), nicht aber auch, wenn der Verwahrer die Sache unerlaubterweise in

Gebrauch nimmt und den Gebrauch trotz einer Abmahnung des Hinterlegers fortsetzt (§ 688 BGB.)? oder wenn der Vermieter, etwa durch Ruhestörungen, fortgesetzt den Vertrag verletzt (§ 535 BGB.)? oder wenn der Bedienstete fortgesetzt den Anordnungen des Dienstherrn zuwiderhandelt (§ 611 BGB.)? Ohne Zweifel ist es im Sinne des Gesetzbuchs, daß die Unterlassungsklage, die wir bei allen Ausschließungsrechten für gegeben halten müssen und die bei drei in keiner Weise hervorragenden Forderungsrechten ausdrücklich gewährt wird, auch zum Schutz der Forderungsrechte allgemein stattfindet.

So nötigen uns die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über einzelne Unterlassungsklagen, als vom Gesetzbuch gewollt eine allgemeine Unterlassungsklage zu betrachten.

Ganz dasselbe ergiebt sich, wenn wir die Grundrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ins Auge fassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist ein konservatives Gesetzbuch. Wo bei einer Rechtseinrichtung in Deutschland eine einigermaßen einheitliche und gesunde Rechtsentwicklung vorliegt, da will es weiter nichts als diese Entwicklung in der gleichen Richtung weiterführen. Nur wo entweder eine einheitliche Entwicklung fehlt oder das Ergebnis gar zu sehr unseren Bedürfnissen widerstreitet, sucht es selbständig eine möglichst gute Regelung zu geben.

Die Rechtsentwicklung hat nun seit langem den Grundzug, daß man das Gebiet der Unterlassungsklagen erweitert und sich so der allgemeinen Unterlassungsklage angenähert hat.

Das römische Recht gewährte Unterlassungsklagen nur zum Schutz einer begrenzten Anzahl von Rechten, namentlich der meisten dinglichen Rechte.

Die Praxis des gemeinen Rechts fügte eine ganze Anzahl neuer Unterlassungsklagen hinzu, nicht nur zum Schutz weiterer dinglicher Rechte, sondern namentlich auch zum Schutz von Rechten an unkörperlichen Gütern und von Forderungsrechten.

Der codex Maximilianeus und das preußische allgemeine Landrecht schlossen sich im wesentlichen an das gemeine Recht an, blieben eher etwas hinter ihm zurück.

Digitized by Google

Dagegen entwickelte die Praxis des code civil ganz selbständig zum Schutz der verschiedensten Rechte, auch des Persönlichkeitsrechts, eine Fülle von Unterlassungsklagen, weit über die vom gemeinen Recht erreichten Grenzen hinaus.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch schloß sich dann wieder näher an das gemeine Recht an, tat aber einen großen Schritt vorwärts, indem es zum Schutz der auf ein Unterlassen gerichteten Forderungsrechte allgemein eine Unterlassungsklage gewährte.

Das Reichsrecht hat schließlich zu den Unterlassungsklagen der Landesrechte eine Reihe gemeinsamer Unterlassungsklagen hinzugefügt: Reichsgesetze führten zum Schutz einzelner Rechte an unkörperlichen Gütern Unterlassungsklagen ein, und das Reichsgewohnheitsrecht gewährte zum Schutz der durch Reichsgesetze geschaffenen Rechte an unkörperlichen Gütern allgemein eine Unterlassungsklage.

Diese fortwährende Weiterbildung der Unterlassungsklagen in der Richtung auf die allgemeine Unterlassungsklage ist etwas durchaus Erfreuliches.

Aller ausgleichende Rechtsschutz ist mangelhaft: statt die drohende Rechtsverletzung zu verhüten, begnügt er sich, ihre Folgen zu beseitigen. Er vermag dies oft nur in sehr geringem Maße. Überall wo sich der ursprüngliche Zustand nicht mehr wiederherstellen läßt, kann lediglich eine Geldentschädigung in Frage kommen: wenn jemand mißhandelt, wenn ein ihm wertvolles Geheimnis ausgeplaudert worden ist, so muß er sich mit Geld abspeisen lassen. Ja vielfach versagt der ausgleichende Rechtsschutz völlig. Aus rechtlichen Gründen, wo eine Rechtsordnung dem Verletzten nur wegen Vermögensschadens eine Geldentschädigung gewährt: jemand, der durch Verleumdung in seiner Ehre gekränkt, durch Lärm gequält, durch Ausstellung seiner Photographie geärgert worden ist, kann hier nicht einmal Geld zum Ausgleich verlangen. Aus tatsächlichen Gründen, wo der Verletzer mittellos ist: der entlassene Gehilfe, der den Kredit eines Kaufmanns durch üble Nachrede geschädigt hat, ist vielleicht gar nicht imstande, ihm seinen Schaden zu ersetzen.

Jede Ausdehnung des vorbeugenden Rechtsschutzes vermindert diese Übelstände, die Unterlassungsklage aber ist ein besonders wertvolles Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes. Sie bewirkt, daß

Digitized by Google

dem Verletzer weitere Beeinträchtigungen unter Androhung einer Geld- oder Haftstrafe verboten werden, und verhindert hierdurch in vielen Fällen, daß es überhaupt zu solchen Beeinträchtigungen kommt, namentlich auch zu Beeinträchtigungen, bei denen Wiederherstellung unmöglich und vielleicht auch Geldentschädigung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zu erlangen ist.

In dieser Eigenschaft ist die Unterlassungsklage für den Berechtigten unersetzlich. Die Befugnis zur Notwehr schützt nur den Starken und nur wider die gegenwärtige Rechtsverletzung: sie versagt, wo bei einer Rechtsverletzung keine zur Abwehr entschlossene Person zugegen ist, und ebenso dort, wo der zur Abwehr Entschlossene nicht die genügende Macht zur Abwehr hat. Das Recht auf eine einstweilige Verfügung gewährt nur einen vorläufigen Schutz: der Gegner kann die Aufhebung der einstweiligen Verfügung verlangen, wenn die Hauptsache nicht binnen einer bestimmten Frist anhängig gemacht worden ist, und ebenfalls, wenn die Umstände die Verfügung nicht mehr rechtfertigen. Die ständigen Strafdrohungen der Strafgesetze endlich sichern den Berechtigten nur dort, wo die Verletzung seines Rechts zugleich eine strafbare Handlung ist, und üben in ihrer unpersönlichen Allgemeinheit vielfach keinen genügenden Druck aus: überall, wo jemand auf Grund einer strafbaren Rechtsverletzung die Unterlassungsklage erheben möchte, tritt in dieser Rechtsverletzung selbst die Unzulänglichkeit jener Strafdrohungen zutage.

Die Unterlassungsklage bedeutet auch keine ungerechtfertigte Belastung des zur Unterlassung Verpflichteten. Wer sich bereits einer Rechtsverletzung schuldig gemacht hat und überdies weitere Beeinträchtigungen befürchten läßt, der hat diese Belastung verdient. Noch bedeutet sie eine Überhäufung der Gerichte. Die Arbeit, die diese bei den Unterlassungsklagen verausgaben, sparen sie durch das Unnötigwerden von Schadenersatzklagen und Klagen wegen unberechtigter Notwehr reichlich wieder ein.

Zu einer allgemeinen Unterlassungsklage führt also eine ebenso einheitliche wie gesunde Entwicklung hin. Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann es nur sein, diese Entwicklung zum Abschluß zu bringen, nicht aber sie zu unterbrechen und teilweise rückgängig zu machen. Wer möchte glauben, die Unter-

Digitized by Google

lassungsklage zum Schutz des Persönlichkeitsrechts, die durch die Praxis des code civil glücklich geschaffen worden war, sei durch das Bürgerliche Gesetzbuch wieder beseitigt? die Unterlassungsklage zum Schutz des gesetzlichen Forderungsrechts auf Duldung des Betretens eines Grundstückes, die sowohl dem gemeinen Recht wie dem Recht des codex Maximilianeus, des code civil und des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs angehörte, sei durch das Bürgerliche Gesetzbuch abgeschafft? die Unterlassungsklage zum Schutz des vertraglichen Forderungsrechts auf Unterlassung einer bestimmten Gewerbetätigkeit, die nach gemeinem Recht, nach dem Recht des codex Maximilianeus, des code civil und des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs in gleicher Weise gegeben war, bestehe nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr?

Wir müssen notwendig annehmen: es ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß die Unterlassungsklage, die es in einer Reihe von Einzelfällen besonders gewährt, nicht nur dort, sondern ganz allgemein gegeben ist.

Nur ein Bedenken bleibt übrig. Wenn wirklich die allgemeine Unterlassungsklage im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, weshalb gewährt es eine Unterlassungsklage nur in einem Teil der Fälle, in denen es ein Recht auf ein Unterlassen verleiht, nicht aber in allen diesen Fällen? Dies hat zwei Ursachen.

Erstens sind sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs vielfach gar nicht bewußt gewesen, Rechte zu verleihen. So z. B. wenn sie durch Anknüpfung von Schadenersatzansprüchen an die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit mittelbar das Persönlichkeitsrecht oder wenn sie durch Anknüpfung eines Schadenersatzanspruches an die vorsätzliche unsittliche Schädigung mittelbar ein allgemeines Ausschließungsrecht nach bestimmter Richtung hin anerkannten. Infolgedessen haben sie auch nicht daran gedacht, zum Schutz dieser Rechte Unterlassungsklagen zu gewähren.

Zweitens haben sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wo sie mit Bewußtsein Rechte verliehen, bei Gewährung von Unterlassungsklagen zum Schutz dieser Rechte im wesentlichen

Digitized by Google

an das gemeine Recht angeschlossen. Dessen Entwicklung hatte in einer Reihe von Fällen rein zufällig nicht zur Gewährung einer Unterlassungsklage geführt, so z. B. zum Schutz des Eigentümers und des Besitzers, dem die Sache vorübergehend entzogen worden ist und die nochmalige Entziehung droht, zum Schutz des Vaters, dem sein Kind entführt worden ist und der die wiederholte Entführung befürchten muß. Hier haben die Verfasser des Gesetzbuchs nur ganz ausnahmsweise daran gedacht, eine Unterlassungsklage zu gewähren.

Wo das Bürgerliche Gesetzbuch bei Verleihung eines Rechts auf ein Unterlassen nicht auch eine Unterlassungsklage gewährt, da haben wir es also nicht mit einschränkender Absicht des Gesetzbuches zu tun, sondern nur mit mangelndem Überblick der Gesetzgeber. Das beweisen die Vorarbeiten. In vielen Fällen, in denen man mittelbar oder unmittelbar ein Recht auf ein Unterlassen anerkannte, hat man die Unterlassungsklage nicht gewährt, aber nicht in einem einzigen dieser Fälle hat man ihre Gewährung erwogen und abgelehnt. Nur darauf, daß man nicht immer an die Unterlassungsklage gedacht hat, beruht es, wenn im Bürgerlichen Gesetzbuch die allgemeine Unterlassungsklage nur in der Gewährung einer beschränkten Anzahl einzelner Unterlassungsklagen zur Erscheinung kommt.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage.

1.

Was für ein Anwendungsgebiet hat die Unterlassungsklage? Um es in seiner ganzen Ausdehnung kennen zu lernen, haben wir einen langen und schwierigen Weg zurückzulegen. Aber uns erwartet so reicher Ertrag[1], daß wir uns die Mühe nicht verdrießen lassen dürfen.

Zunächst müssen wir uns darüber klar werden, wann ein Privatrecht vorhanden ist.

Jede Rechtsvorschrift schränkt Menschen irgendwie ein[2]. Sie tut dies um irgendwelcher anderer Menschen willen. Sie schränkt die einen ein, um die anderen zu fördern. Die Tatsache nun, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt, ist das, was wir ein Recht nennen[3].

Nicht zu verwechseln mit dieser Tatsache ist die andere, daß die Gebundenheit irgendwelcher Menschen jemandem zugute kommt, ohne doch um seinetwillen da zu sein. Ein Vertrag zugunsten eines Dritten kann in dem Sinne geschlossen sein, daß der Dritte kein Recht auf die Leistung haben soll (§ 328 BGB.): alsdann kommt diesem Dritten zwar die Gebundenheit des Verpflichteten zugute, aber sie ist nicht um seinetwillen da, sondern allein um des Versprechensempfängers willen. Jemand kann durch Testament seinem Erben eine Leistung an einen andern auferlegen, ohne diesem ein Recht auf die Leistung zuzuwenden, Auflage (§ 1940 BGB.): auch hier hat der, an den die Leistung erfolgen soll, zwar den

1) Siehe unten S. 137/149.

2) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 29/49.

3) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 51, 102/106.

Digitized by Google

Vorteil von der Gebundenheit des Erben, aber diese besteht nicht um seinetwillen, sondern nur um des Erblassers willen. In solchen Fällen haben wir es mit bloßen Nebenwirkungen von Rechten zu tun. Ein Recht hat nur der, um dessen willen eine Rechtsvorschrift andere einschränkt.

Das Wesen des Rechts kommt darin zum Ausdruck, daß man bald von einem Anspruch, bald von einem Rechtsgut redet, wo man ebensogut von einem Recht reden könnte. Ein Recht ist die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt. Spricht man nun von einem Anspruch, so faßt man vorzugsweise die einschränkende Seite des Rechts ins Auge, man denkt daran, daß kraft des Rechts der Berechtigte von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen kann (§ 194 BGB.)[1]. Spricht man von einem Rechtsgut, so denkt man vorzugsweise an die gewährleistende Seite des Rechts, man denkt daran, daß das Recht bestimmt ist, den Berechtigten in irgend einer Beziehung zu fördern[2]. Anspruch und Rechtsgut sind nichts anderes als das Recht von verschiedenen Seiten betrachtet.

Diese beiden Seiten des Rechts kommen jede für sich zur Geltung in den beiden so oft in Gegensatz zu einander gebrachten Begriffsbestimmungen, nach denen das Recht entweder eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder ein rechtlich geschütztes Interesse sein soll. Die eine von ihnen faßt einseitig die Machtstellung ins Auge, die jemandem dadurch erwächst, daß eine Rechtsvorschrift um seinetwillen andere einschränkt, die andere ebenso einseitig das Bedürfnis, dem diese Machtstellung zu dienen bestimmt ist. Beiden Seiten gleichmäßig wird die Begriffsbestimmung gerecht, nach welcher das Recht die Tatsache ist, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt.

Ein paar Beispiele können das deutlicher machen. § 903 BGB. bestimmt das Recht des Eigentümers: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegen-

1) „Es ist ein Bedürfnis vorhanden, die Richtung des Rechts auf Unterwerfung fremden Willens als solche . . . zu bezeichnen. Dieses Bedürfnis befriedigt der Ausdruck Anspruch": Windscheid Pand. (8.) § 43.

2) „Das Rechtsgut ist das Recht selbst unter dem Gesichtspunkte des Zweckgedankens": v. Liszt Aufsätze u. Vorträge Bd. 1 S. 225.

Digitized by Google

stehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen". Das Gesetz verbietet hier jedermann, den Eigentümer in der Einwirkung auf die Sache zu hindern oder selbst auf sie einzuwirken, und zwar zu dem Zwecke, dem Eigentümer den ungestörten Genuß der Sache zu gewährleisten. Denkt man hier nur an die durch das Verbot für den Eigentümer geschaffene Machtstellung, so kann man das Eigentum als eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht bezeichnen. Denkt man nur an das Bedürfnis, dem diese Machtstellung zu dienen bestimmt ist, so kann man es ein rechtlich geschütztes Interesse nennen. Denkt man an beides zugleich, so muß man sagen: das Eigentum ist die Tatsache, daß eine bestimmte Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt.

§ 607 BGB. bestimmt das Recht des Darleihers: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten". Die Lehre, nach der das Recht eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht ist, achtet hier vorzüglich auf die Macht, die durch das Gebot dem Darleiher über den Darlehnsempfänger erwächst, darauf daß jener diesem gegenüber die ganzen die Rechtsordnung tragenden Kräfte zur Seite hat. Die Lehre, nach der das Recht ein rechtlich geschütztes Interesse ist, beachtet dagegen in erster Linie das Bedürfnis, zu dessen Befriedigung das Gebot ergangen ist, nämlich für die hingegebenen Sachen solche von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerlangen. Die Auffassung, die in dem Recht die Tatsache erblickt, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt, faßt beides zugleich ins Auge.

Vergebens haben manche einen engeren Begriff des Rechts zu begründen gesucht.

Örtmann[1] hat gesagt, nicht überall, wo eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränke, sei ein Recht vorhanden, sondern nur dort, wo dieser Schutz in bestimmter Art gegeben sei.

---

1) Örtmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 618/621.

Er hat uns aber nicht mitgeteilt, von welcher Art denn nun der Schutz sein muß, damit ein Recht vorhanden ist, und es sogar unbestimmt gelassen, ob man nach unserem Recht an seinem Leben, seiner körperlichen Unversehrtheit und Freiheit ein Recht hat oder nicht.

In bestimmterer Weise haben Adolf Merkel und Thon den Begriff des Rechts einzuschränken gesucht. Adolf Merkel[1] hat erklärt, nicht überall, wo eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränke, sei ein Recht gegeben, sondern nur dort, wo diese rechtliche Macht einer bestimmten Person zugewiesen sowie in Bezug auf Inhalt, Entstehung und Beendigung scharf ausgeprägt sei. Daher könne man zwar von dem Recht des Darlehnsgläubigers, von dem Eigentumsrecht, von dem politischen Recht des Wählers reden, nicht aber auch von einem Recht zu dinieren, spazieren zu fahren oder Zeitungen zu lesen.

Aber jede Rechtsvorschrift, wenn sie überhaupt verpflichten soll, muß feste Bestimmungen über Inhalt, Entstehung und Beendigung der in ihr gesetzten Gebundenheit enthalten und also auch darüber, auf wen sich die Gebundenheit bezieht. Damit ist aber von selbst die Stellung desjenigen, um dessen willen die Rechtsvorschrift andere einschränkt, fest umgrenzt, und es steht also nichts im Wege, diese Stellung als Recht zu betrachten. Der von Merkel vorausgesetzte Fall kommt also gar nicht vor: wo eine gültige Rechtsvorschrift ist, da ist immer auch eine bestimmt ausgeprägte Macht und damit ein Recht vorhanden.

Gibt es also ein Recht zu dinieren, spazieren zu fahren oder Zeitungen zu lesen? Freilich nicht, aber nur deshalb, weil zum Schutz dieser Interessen keinerlei besondere Rechtsvorschrift ergangen ist. In dem ungestörten Genuß unseres Mittagessens, unseres Spaziergangs und unserer Zeitung werden wir vielmehr durch die allgemeine Rechtsvorschrift geschützt, die dem Einzelnen den Genuß seiner persönlichen Güter, namentlich auch seiner Freiheit, in gewissem Umfang gewährleistet. Die hierdurch gegebene Machtstellung ist so scharf umgrenzt wie man nur irgend wünschen kann[2], sodaß gar kein Grund besteht, ihr die Eigenschaft als Recht abzusprechen. Sie

---

1) Merkel Enzykl. § 151/158 und in Holtzendorffs Enzykl. (5) S. 40.

2) Siehe unten S. 126/128.

Digitized by Google

ist das Persönlichkeitsrecht, das dem Einzelnen in der gleichen Weise den Genuß seiner persönlichen Güter gewährleistet, wie das Eigentum den Genuß seiner Sachgüter[1].

Thon[2] andererseits hat gesagt, ein Recht sei keineswegs überall gegeben, wo eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränke, sondern nur dort, wo ihm zur Beseitigung von etwaigen Normwidrigkeiten ein Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt sei (diesen Rechtsbehelf bezeichnet Thon unter Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch als Anspruch). Thon meint, wenn schon in der bloßen Tatsache der Begünstigung ein Recht gegeben sei, so müsse man auch von einem Recht des Wildes, zur Schonzeit nicht gejagt zu werden, oder doch von einem Recht der Tiere, nicht gequält zu werden, reden.

Allein es dürfte kaum gelingen, irgend eine Rechtsvorschrift aufzufinden, die darauf ginge, Menschen um der Tiere willen einzuschränken: hominum causa omne ius constitutum (l. 2 D. 1. 5). Auch den Vorschriften, auf die Thon hinweist, liegt ein solcher Zweck nicht zugrunde: das Verbot des Jagens während der Schonzeit dient dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Wildstandes, das Verbot der Erregung eines Ärgernisses durch Tierquälerei (ein Verbot der Tierquälerei kennt unser Recht nicht) soll das Gefühlsleben des Einzelnen gegen Verletzung schützen.

Die Ansicht Thons entfernt sich ganz ohne Grund von althergebrachten Vorstellungen. Wer möchte annehmen, daß, jenachdem eine wechselnde Gesetzgebung die Verfolgbarkeit einer Verletzung einführt oder abschafft, bald ein Recht auf deren Unterlassung vorhanden wäre, bald wieder nicht? Auf niedrigen Kulturstufen sind die Rechte nur durch Eigenmacht geschützt: sollen wir wirklich diesen Satz als ungenau und auf solchen Kulturstufen überhaupt noch keine Rechte als vorhanden betrachten? Bei allen Völkern ist die Diebstahlsstrafe älter als die Eigentumsklage: soll erst mit dieser letzten das Eigentum entstanden sein? In Rom hatte man wegen Tötung keine Privatklage, wegen Körperverletzung die actio iniuriarum: hatte man also ein Recht, nicht mißhandelt, aber kein Recht, nicht

1) Näheres über dieses Recht Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 304/316.
2) Thon RNorm u. subj. R. S. 133, 175/178, 216/218, 247.

Digitized by Google

getötet zu werden? Zur Zeit Cäsars konnte die Freiheit durch eine Privatklage geltend gemacht werden, im neunzehnten Jahrhundert nicht mehr: hatte sie darum aufgehört, ein Recht zu sein? Es ist klar, wir müssen überall, wo eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt, ein Recht als gegeben betrachten.

Eine besondere Art der Rechte sind die Privatrechte.

Es gibt zwei Arten von Rechtsvorschriften: Vorschriften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Die Vorschriften des öffentlichen Rechts bestimmen die besonderen Rechtsverhältnisse des Staates, der Gemeinden, Kirchen und sonstigen öffentlichen Verbände. Die Vorschriften des Privatrechts bestimmen Rechtsverhältnisse, in denen beliebige Personen stehen können[1].

Die in den Vorschriften der letzten Art enthaltenen Rechte sind die Privatrechte. Ein Privatrecht ist ein Recht, bei dem sowohl der Berechtigte wie der Verpflichtete nicht nur ein öffentlicher Verband, sondern eine beliebige Person sein kann.

2.

Wir müssen jetzt die Quellen aufsuchen, aus denen uns die Privatrechte entgegenströmen.

Die Privatrechte sind viel zahlreicher als man sich klar zu machen pflegt. Wollen wir sie in ihrer ganzen Fülle kennen lernen, so müssen wir uns der verschiedenen Formen der Anerkennung eines Privatrechts bewußt werden.

Sehr allgemein kümmert man sich nur um die Privatrechte, die in einem Rechtssatz unmittelbare Anerkennung gefunden haben, die sich daher ohne weiteres erkennen lassen.

Vielfach spricht ein Rechtssatz es geradezu aus, daß jemand ein bestimmtes Recht oder daß ein anderer ihm gegenüber eine bestimmte Verpflichtung hat. § 903 BGB. bestimmt: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere

1) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 86/94.

Digitized by Google

von jeder Einwirkung ausschließen". § 1228 BGB.: „Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist". Nach § 4 PatGes. ist „der Patentinhaber ausschließlich befugt, gewerbsmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen". § 1357 BGB. schreibt vor: „Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten". § 1601 BGB.: „Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren". § 582 BGB.: „Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hat die gewöhnlichen Ausbesserungen ... auf seine Kosten zu bewirken".

Weit schwerer zu erkennen sind die Privatrechte, die in einem Rechtssatz nur mittelbar anerkannt sind, sich erst durch Schlußfolgerung aus ihm gewinnen lassen. Hier kommen zweierlei Rechtssätze in Betracht: erstens die Sätze des Privatrechts, die an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge knüpfen, zweitens die Sätze des öffentlichen Rechts, die etwas um eines Einzelnen willen vorschreiben.

Zunächst können wir Privatrechte aus solchen Vorschriften des Privatrechts erschließen, die jemandem wegen eines Unrechts einen Schadenersatzanspruch geben.

Die Schadenersatzansprüche des Privatrechts gründen sich nicht alle auf ein erlittenes Unrecht. Wenn der Versicherer eines Schiffes den Schaden zu ersetzen hat, den es durch die Gefahren der Seeschiffahrt erleidet (§§ 778, 786, 792 HGB.), wenn der von einer gegenwärtigen Gefahr Bedrohte zu deren Abwendung unter Umständen auf eine fremde Sache einwirken darf, aber den entstandenen Schaden zu ersetzen hat (§ 904 BGB.), wenn jemand, der ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit über die Grenze seines Grundstücks hinaus gebaut hat, ein Recht auf Duldung des Überbaus hat, aber dafür Entschädigung leisten muß (§ 912 BGB.), so liegt dem Schadenersatzanspruch keinerlei Unrecht zugrunde. Der Schadenersatzanspruch gegen den Versicherer beruht auf einem Rechtsgeschäft, der Schadenersatzanspruch wegen Einwirkung gründet sich auf ein anderes rechtmäßiges Verhalten, und der Schadenersatzanspruch beim Über-

Digitized by Google

bau ist als Entgelt für ein vom Gesetz gewährtes Recht mit dem Eintritt einer bestimmten Sachlage ohne weiteres gegeben.

Meistens freilich beruhen die Schadenersatzansprüche des Privatrechts doch darauf, daß dem zum Schadenersatz Berechtigten ein Unrecht widerfahren ist. So, wenn jemand, der fahrlässig die Gesundheit eines andern geschädigt (§ 823 BGB.) oder einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt (§ 826 BGB.), oder wenn der Schenker, der arglistig einen Fehler der verschenkten Sache verschwiegen hat (§ 524 BGB.), den Schaden ersetzen muß. Die Schadenersatzansprüche wegen fahrlässiger Gesundheitsverletzung und wegen vorsätzlicher unsittlicher Schädigung stehen im Titel Unerlaubte Handlungen, und wir können nicht daran zweifeln, daß auch der auf Arglist gegründete Schadenersatzanspruch des Beschenkten ein Unrecht zur Grundlage hat.

Jede Vorschrift nun, die jemandem einen Schadenersatzanspruch wegen erlittenen Unrechts gewährt, weist notwendig auf eine andere Vorschrift zurück, die dieses Unrecht zu seinen Gunsten verbietet und ihm somit ein Recht auf das entgegengesetzte Tun oder Lassen gibt. Diese primäre Vorschrift ist vielleicht nirgends ausgesprochen, dennoch muß sie als bestehend gelten, weil sie die notwendige Voraussetzung der ausgesprochenen sekundären Vorschrift ist. Die Rechtsordnung kann mir einen Schadenersatzanspruch wegen eines Unrechts nur geben, wenn sie es um meinetwillen als Unrecht betrachtet, wenn sie es um meinetwillen untersagt, wenn ich also ein Recht darauf habe, daß es unterbleibt.

Bei den Strafgesetzen hat man das Gleiche seit langem erkannt. Von dem Strafgesetz, das das Verbrechen unter Strafe stellt, dem Staate ein Recht gegen den Verbrecher auf Erduldung der Strafe gibt, muß man auf eine andere Rechtsvorschrift zurückschließen, die das Verbrechen verbietet, dem Staate ein Recht darauf gewährt, daß es nicht begangen wird. Das hat bereits der große Donellus gelehrt, er sagt, die Strafgesetze wiesen auf ein Gebot zurück, daß die strafbare Handlung unterbleibe: „quae lex punit, ideo punit factum, quia prius iussit ne fieret“[1].

---

1) Donellus Comm. de iure civili lib. 3 cap. 1 § 5.

Digitized by Google

Binding hat dann diese Wahrheit selbständig wieder entdeckt und zum Mittelpunkt seiner Normentheorie gemacht. Ganz dasselbe wie für die Strafgesetze muß aber für die Vorschriften des Privatrechts gelten, die an ein Unrecht einen Schadenersatzanspruch knüpfen. Von jeder von ihnen gelangen wir rückwärts zu einer Vorschrift, die das Unrecht um des Schadenersatzberechtigten willen verbietet und so diesem ein Recht auf das entgegengesetzte Tun oder Lassen gibt.

Ja man darf hierbei nicht einmal stehen bleiben. Das Privatrecht knüpft an das Unrecht außer den Schadenersatzansprüchen auch noch mannigfache andere ausgleichende Rechtsfolgen[1]. Der Hypothekengläubiger kann, wenn der Eigentümer des Grundstücks es unterlassen hat, eine infolge einer Verschlechterung des Grundstücks eingetretene Gefährdung der Hypothek binnen einer ihm bestimmten angemessenen Frist zu beseitigen, sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen (§ 1133 BGB.). Ein Ehegatte kann, wenn der andere sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, auf Scheidung klagen (§ 1565 BGB.). Der Käufer kann, wenn der Verkäufer beim Abschluß des Kaufes arglistig einen Fehler der verkauften Sache verschwiegen hat, auch wenn ihm selbst grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, dennoch wandeln oder mindern (§ 460 BGB.). Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten (§ 123 BGB.). Man muß sagen: Überall wo eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge anknüpft, da hat dieser ein Recht darauf, daß das Unrecht nicht begangen wird.

Aus dem Schadenersatzanspruch dessen, der fahrlässig an der Gesundheit verletzt worden ist, (§ 823 BGB.) müssen wir also ein jedermann zustehendes Recht folgern, nicht an der Gesundheit verletzt zu werden. Aus dem Schadenersatzanspruch dessen, der vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt worden ist, (§ 826 BGB.) ein Recht eines jeden, nicht vorsätzlich den guten Sitten zuwider geschädigt zu werden. Aus dem Schadenersatzanspruch des Beschenkten, dem der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache verschwiegen hat, (§ 524 BGB.)

1) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 348/355.

Digitized by Google

ein Recht des Beschenkten, daß ihm solche Fehler nicht arglistig verheimlicht werden.

Desgleichen ergibt sich aus dem Recht des Hypothekengläubigers, bei nicht rechtzeitiger Beseitigung einer Gefährdung seiner Hypothek sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen, (§ 1133 BGB.) ein Recht des Hypothekengläubigers auf rechtzeitige Beseitigung von Gefährdungen. Daraus, daß ein Ehegatte im Falle des Ehebruchs auf Scheidung klagen kann (§ 1565 BGB.), ein Recht der Ehegatten auf eheliche Treue. Daraus, daß der Käufer trotz eigener grober Fahrlässigkeit wandeln oder mindern kann, wenn der Verkäufer beim Abschluß des Kaufvertrages arglistig einen Fehler verheimlicht hat (§ 460 BGB.), ein jedermann zustehendes Recht, daß ihm bei Abschluß eines Kaufvertrages nicht arglistig Fehler verborgen werden. Daraus, daß der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung Bestimmte die Erklärung anfechten kann (§ 123 BGB.), ein Recht eines jeden, daß er zur Abgabe einer Willenserklärung nicht durch arglistige Täuschung bestimmt wird.

Sodann können wir Privatrechte auch aus den Vorschriften des Strafrechts erschließen, die eine Handlung um eines Einzelnen willen unter Strafe stellen.

Nicht ohne weiteres: die Strafgesetze, die dem Staate ein öffentliches Recht gegen den Verbrecher auf Erduldung der Strafe geben, weisen an sich nur auf ein dem Staate zustehendes öffentliches Recht auf Unterlassung des Verbrechens zurück[1]. Wohl aber mit Hilfe eines Satzes des Privatrechts, der nirgends ausgesprochen ist, den wir aber als die Voraussetzung einer Reihe von Rechtsvorschriften notwendig annehmen müssen: der Einzelne hat ein Recht darauf, daß keine um seinetwillen mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird.

Um wessen willen bedrohen die Strafgesetze eine Handlung mit Strafe? In erster Linie tun sie es sämtlich um des Staates willen, weil die strafbare Handlung als etwas dem Staate Schädliches angesehen wird. In zweiter Linie aber tun sie es zum

1) Siehe oben S. 111/112.

großen Teil auch um eines Einzelnen willen, die strafbare Handlung wird vielfach nur deshalb als etwas dem Staate Schädliches betrachtet, weil sie etwas einem Einzelnen Schädliches ist. Wenn das Strafgesetzbuch den Hochverrat, die Verletzung der Wehrpflicht, die Teilnahme an einer geheimen Verbindung, die Unzucht mit Tieren unter Strafe stellt, so geschieht dies lediglich des Staates wegen: diese Handlungen sind strafbar, weil sie den Staat schädigen, nicht weil sie vielleicht mittelbar auch einen Einzelnen schädigen können. Stellt das Strafgesetzbuch dagegen die Körperverletzung, die Beleidigung, die Sachbeschädigung, den Betrug unter Strafe, so geschieht dies nicht nur um des Staates, sondern auch um eines Einzelnen willen: daß diese Handlungen besonders gefährliche Schädigungen eines Einzelnen sind, ist ein wichtiger Grund, weshalb der Staat sie als sich selbst schädlich betrachtet und für strafbar erklärt. Bei den Handlungen der ersten Art wird der Staat unmittelbar getroffen, bei denen der zweiten Art mittelbar in der Person eines Einzelnen.

Was für Handlungen sind nun nicht nur um des Staates, sondern auch um eines Einzelnen willen strafbar? Zunächst alle die, die ein Gut eines Einzelnen ohne seine Einwilligung *verletzen*. Sie sind strafbar um dessen willen, dessen Gut sie verletzen. Während z. B. die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB.) und der Zweikampf (§ 205 StGB.) nur um des Staates willen bestraft werden, sind der Mord und die Beleidigung um desjenigen willen strafbar, gegen dessen Person, die Sachbeschädigung um dessen willen, gegen dessen Eigentum, der Betrug und die Untreue um dessen willen, gegen dessen Vermögen sie sich richten. Sodann aber auch alle die Handlungen, die ein Gut eines Einzelnen nur *gefährden*. Der Versuch der Körperverletzung ist strafbar mit Rücksicht auf den, gegen dessen Person er sich richtet, die Gefährdung eines Eisenbahntransportes mit Rücksicht auf die beförderten Reisenden und die Eigentümer der beförderten Güter. Auch die Handlungen, die nur um einer wahrscheinlichen Gefährdung willen bestraft werden, die *abstrakten Gefährdungsdelikte*[1], sind nicht nur um des Staates willen strafbar, sondern

---

1) Siehe darüber *Frank* StGB. (3, 4) S. 13/14.

zugleich im Hinblick auf die wirklich (konkret) gefährdeten Einzelnen, z. B. die Brandstiftung am eigenen Hause um der Bewohner und Nachbarn willen, die selbst oder deren Sachen in Gefahr geraten. Ja sogar die Handlungen, die lediglich wegen einer möglichen Gefährdung strafbar sind, das Polizeiunrecht[1], stehen nicht nur um des Staates willen unter Strafe, sondern wieder zugleich im Hinblick auf diejenigen Einzelnen, für die sie eine wirkliche Gefährdung bedeuten, z. B. das Betreten einer Scheune mit unverwahrtem Licht (§ 368 Nr. 5 StGB.) im Hinblick auf diejenigen, die oder deren Sachen dadurch bedroht werden.

Überall nun, wo eine Handlung um eines Einzelnen willen strafbar ist, da hat dieser ein Recht darauf, daß sie nicht begangen wird. Dieser Satz liegt unausgesprochen den verschiedensten Rechtsordnungen zugrunde, und das Strafgesetzbuch, das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung setzen ihn unter dem früheren deutschen Rechtszustande bereits ebenso voraus wie die Militärstrafgerichtsordnung unter dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das ergibt sich aus der Art, in der diese Gesetze von dem durch eine strafbare Handlung Verletzten reden.

Nach § 22 Nr. 1 StPO. ist ein Richter, nach §§ 31, 32 StPO. ist auch ein Schöffe, ein Geschworener und ein Gerichtsschreiber von der Ausübung seines Amtes in einer Strafsache ausgeschlossen, wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt, wenn er der Ehemann oder Vormund des Verletzten oder wenn er mit diesem in gewissem Grade verwandt oder verschwägert ist. Nach § 170 StPO. steht demjenigen, welcher wegen einer strafbaren Handlung die Erhebung der öffentlichen Klage beantragt hat, wenn er zugleich der Verletzte ist, gegen den ablehnenden Bescheid der Staatsanwaltschaft die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft und gegen dessen ablehnenden Bescheid der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu. Wenn die strafbare Handlung gegen sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit, seinen Personenstand oder seine Vermögensrechte gerichtet war, so kann er sich nach § 435 StPO. außerdem der infolge der gerichtlichen Entscheidung erhobenen Klage als Nebenkläger anschließen. Nach § 65 StGB. ist bei einer Hand-

1) Siehe darüber Frank StGB. (3, 4) S. 479/481.

Digitized by Google

lung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, selbständig zu dem Antrag auf Bestrafung berechtigt. Nach § 414 StPO. kann bei Beleidigungen und Körperverletzungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, der Verletzte Privatklage erheben, nach § 435 StPO. kann er sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließen. Nach § 165 StGB. ist bei der Verurteilung wegen falscher Anschuldigung dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Es gibt noch eine ganze Reihe ähnlicher Bestimmungen, z. B. § 111 StPO., § 156 GVG., §§ 122, 193, 242, 247 MilStGO.

Wer ist der Verletzte, den alle diese Vorschriften im Auge haben? Man könnte zunächst an den denken, dessen Verletzung die Strafe zu ahnden bestimmt ist. Aber das ist der Staat, und in den aufgeführten Bestimmungen tritt deutlich hervor, daß hier ein Einzelner als Verletzter gemeint ist. So könnte man zu der Ansicht kommen, der Verletzte sei derjenige, dessen in irgend einer Einzelvorschrift des Privatrechts begründetes Recht durch die strafbare Handlung verletzt wurde. Aber §§ 435, 414 StPO. betrachten den, gegen dessen Gesundheit, Ehre, Freiheit oder Personenstand eine strafbare Handlung gerichtet war, als verletzt, ohne Rücksicht auf irgendwelche ein Recht zuerkennende Einzelvorschriften des Privatrechts[1]. Danach bleibt nichts übrig, als denjenigen

1) Bei Beantwortung der Frage, wer im Sinne der verschiedenen Bestimmungen der Strafprozeßordnung, der Militärstrafgerichtsordnung und des Strafgesetzbuchs der Verletzte ist, hat man niemals in einzelnen Sätzen des Privatrechts Auskunft gesucht, vielmehr stets eine Verletzung in weiterem Sinne angenommen, als solche Sätze des Privatrechts es möglich gemacht hätten. Siehe für die Strafprozeßordnung Glaser StrProz. Bd. 2 S. 109, Geyer StrProzR. S. 350, Ullmann StrProzR. S. 167, v. Kries StrProzR. S. 271, Bennecke StrProzR. S. 169, Bennecke u. Beling RStrProzR. (2) S. 484, Rosenfeld RStrProz. (2) S. 124, 290, Löwe-Hellweg StPO. (11) Note 4 zu § 22 StPO., Stenglein StPO. (3) Note 6 zu § 22 StPO. und das Urteil des Reichsgerichts vom 16. Dezember 1892 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 23 Nr. 129). Für die Militärstrafgerichtsordnung v. Koppmann MilStGO. Note 8 zu § 247. Für das Strafgesetzbuch v. Liszt StrR. (14, 15) § 45 Nr. III 1, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 615/626, Merkel StrR. S. 240, Olshausen StGB. (7) Note 10 zu § 61, Frank StGB. (3, 4) Note III zu § 61 und das Urteil des Reichsgerichts vom 22. Oktober 1885 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 13 Nr. 21).

Digitized by Google

Einzelnen als Verletzten zu betrachten, um dessen willen die strafbare Handlung mit Strafe bedroht war.

Aber gilt das auch für die strafbare Handlung, die nur in einer Gefährdung besteht?[1] Allerdings. Andernfalls kämen wir ja zu dem Ergebnis, daß ein Richter, gegen den ein Mordversuch verübt worden ist, über den Mordversuch (§§ 211, 43 StGB.), daß ein Geschworener, dessen Vermieter sein Haus in Brand gesteckt hat, über die Brandstiftung (§ 306 StGB.), daß ein Schöffe, der beinahe überfahren worden wäre, über das zu schnelle Fahren (§ 366 Nr. 2 StGB.) zu Gericht sitzen könnte. Ferner zu dem Ergebnis, daß derjenige, gegen den der Mordversuch verübt worden, der durch das Anzünden des Hauses oder das überschnelle Fahren in Lebensgefahr gekommen ist, bei Ablehnung der Erhebung der öffentlichen Klage nicht die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft und den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hätte. Wir müssen annehmen: auch derjenige, um dessen willen eine strafbare Gefährdung mit Strafe bedroht war, ist Verletzter, er ist verletzt durch Gefährdung.

Wer nach Begehung einer Handlung der durch sie Verletzte ist, der hat vorher ein Recht darauf, daß sie nicht begangen wird. Indem unsere Gesetze den Einzelnen, um dessen willen eine strafbare Handlung mit Strafe bedroht ist, im Fall ihrer Begehung als den Verletzten bezeichnen, erkennen sie neben dem Staate auch ihm ein Recht darauf zu, daß sie unterbleibt. Aus den Bestimmungen unserer Gesetze über den durch eine strafbare Handlung Verletzten folgt für den früheren wie für den heutigen Rechtszustand das Recht des Einzelnen, daß keine um seinetwillen mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird.

Wir sind nicht genötigt, dies Recht erst aus § 823 BGB. abzuleiten, der dem durch ein Strafgesetz Geschützten, wenn ein anderer schuldhaft gegen dieses Strafgesetz verstößt, einen Anspruch auf Schadenersatz gewährt[2]. Es würde vielmehr gegeben sein, auch

---

1) Die Frage ist nur ganz ausnahmsweise gestellt worden. Binding Handb. d. StrR. S. 616 bejaht sie für das Strafrecht, v. Kries StrProzR. S. 271, 119 bejaht sie für § 170 StPO., verneint sie dagegen für § 22, da hier von dem Verletzten in einem besonders engen Sinne die Rede sei.

2) Siehe oben S. 110/113.

Digitized by Google

wenn der Schadenersatzanspruch des § 823 gar nicht bestände, und sich z. B. in der Notwehrbefugnis gegenüber einer solchen strafbaren Handlung äußern. Es ist ferner gegeben, auch soweit ein Schadenersatzanspruch nicht in Betracht kommen kann, z. B. hat jeder ein Recht darauf, daß nicht durch Tierquälerei, durch eine öffentliche Gotteslästerung oder unzüchtige Handlung bei ihm ein Ärgernis erregt wird (§§ 360 Nr. 13, 166, 183 StGB.). Das Recht des Einzelnen, daß gegen ihn keine um seinetwillen strafbare Handlung begangen wird, ist nicht ein Erzeugnis des § 823 BGB., sondern seine Voraussetzung.

Aber man muß überhaupt noch weiter gehen. Vorschriften des öffentlichen Rechts können ein Verhalten um eines Einzelnen willen vorschreiben, auch ohne für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe anzudrohen. So verpflichtet z. B. § 177 Postges. den Eigentümer eines Grundstücks, wenn die gewöhnlichen Wege überhaupt nicht oder nur schwer zu passieren sind, die ordentlichen Posten über seine Neben- und Feldwege, ungehegten Wiesen und Äcker fahren zu lassen, in erster Linie im öffentlichen Interesse, in zweiter Linie aber doch auch zum Besten der Einzelnen, die selbst oder deren Sendungen mit einer solchen Post befördert werden. § 11 Reichsbeamtenges. bestimmt, daß ein Reichsbeamter auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses über die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Geheimnisse Verschwiegenheit zu beobachten hat, wieder zunächst im öffentlichen Interesse, sodann aber doch auch mit Rücksicht auf die Einzelnen, deren Geheimnisse dem Beamten dienstlich bekannt geworden sind. Aus §§ 392/397 ZPO. müssen wir folgern, daß auch ein nicht beeidigter Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit zu sagen, nichts zu verschweigen und nichts hinzuzusetzen gehalten ist, auch diese Vorschrift dient zunächst dem öffentlichen Interesse, sodann aber auch dem Besten der Einzelnen, in deren Sache der Zeuge vernommen wird. Man muß sagen: **Überall wo eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ein Verhalten um eines Einzelnen willen vorschreibt, da hat dieser ein Recht darauf, daß ein solches Verhalten auch wirklich stattfindet.**

Aus den Strafgesetzen, die z. B. die Beleidigung (§ 185 StGB.) und die Bedrohung (§ 241 StGB.) unter Strafe stellen,

Digitized by Google

müssen wir also außer dem Rechte des Staates auf Unterlassung solcher Handlungen auch ein Recht des Einzelnen folgern, nicht beleidigt oder bedroht zu werden. Aus den Strafgesetzen, die die wissentliche Verletzung der Absperrungsmaßregeln bei einer Seuchengefahr (§ 327 StGB.) und die Gefährdung von Eigentum durch Feueranzünden an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Haiden (§ 368 Nr. 6 StGB.) mit Strafe bedrohen, neben dem Recht des Staates auf Unterlassung solcher Handlungen ein Recht des Einzelnen, daß er in seiner Gesundheit nicht durch die Verletzung der Absperrungsmaßregeln, in seinen Sachgütern durch das Feueranzünden gefährdet wird. Aus dem Strafgesetz, nach welchem die Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 299 StGB.) strafbar ist, nicht nur ein Recht des Staates auf Nichterbrechen der Briefe, sondern auch ein solches des Einzelnen, daß seine Briefe nicht erbrochen werden.

Ebenso folgt aus der Vorschrift, nach der die ordentlichen Posten im Notfall über Privatgrundstücke fahren dürfen (§ 177 Postges.), zugleich ein Recht des Staates und der Einzelnen, die oder deren Sendungen mit einer solchen Post befördert werden, auf Duldung des Fahrens. Aus der Bestimmung, daß ein Reichsbeamter nach Beendigung des Dienstverhältnisses das Dienstgeheimnis zu wahren hat (§ 11 Reichsbeamtenges.), zugleich ein Recht des Staates und der Einzelnen, deren Geheimnisse er im Dienst kennen gelernt hat, auf Unterlassung von Mitteilungen. Aus der Vorschrift, daß auch der unbeeidigte Zeuge nach bestem Wissen auszusagen hat (§§ 392/397 ZPO.), zugleich ein Recht des Staates und der Einzelnen, in deren Sache er vernommen wird, auf eine ehrliche Aussage.

Der Inhalt der unmittelbar anerkannten Privatrechte ist zumeist ohne weiteres klar. Bei den mittelbar anerkannten können sich Schwierigkeiten ergeben. Namentlich stehen wir hier fast immer vor der Frage: geht das Recht nur darauf, daß ein bestimmter Tatbestand nicht schuldhaft verwirklicht wird, oder aber darauf, daß er überhaupt nicht verwirklicht wird?

Die meisten Schadenersatzvorschriften knüpfen die Schadenersatzpflicht und ebenso knüpfen fast alle Strafvorschriften die Straf-

Digitized by Google

duldungspflicht[1] an ein schuldhaftes Verhalten an. Können wir von solchen sekundären Bestimmungen nur auf eine primäre Vorschrift zurückschließen, kraft deren das zum Schadenersatz oder zur Strafduldung verpflichtende Verhalten nicht schuldhaft stattfinden darf, oder aber auf eine solche, kraft deren es überhaupt nicht stattfinden darf? Und dürfen wir demgemäß aus dieser primären Vorschrift nur ein Recht darauf entnehmen, daß ein solches Verhalten nicht schuldhaft, oder aber ein Recht darauf, daß es überhaupt nicht stattfindet?

Z. B. §§ 308, 309 StGB. erklären es für strafbar, wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm gehörige Waldung in Brand setzt, die das Feuer einer fremden Waldung mitteilen kann. Folgt hieraus nur, daß man das gefährdende Anzünden nicht schuldhaft oder daß man es überhaupt nicht vornehmen darf? Steht demgemäß den gefährdeten Nachbarn nur ein Recht auf Unterlassung des schuldhaften oder aber jedes Anzündens zu? Dürfen sie also nur dem schuldhaften oder auch dem schuldlosen Anzünden gegenüber Notwehr üben?

Die Antwort ergibt sich, sobald wir die Fälle ins Auge fassen, in denen neben einer Schadenersatz- oder Strafbestimmung die primäre Vorschrift besonders ausgesprochen und demgemäß das in ihr gegebene Recht deutlich zu erkennen ist. Hier ist regelmäßig das Verhalten, an dessen schuldhafte Verwirklichung die Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht angeknüpft ist, ganz allgemein, als schuldloses wie als schuldhaftes Verhalten, verboten. Nach § 12 WarenbezGes. z. B. darf niemand ohne Zustimmung des Inhabers Waren mit einem Warenzeichen versehen, nach § 14 des Gesetzes hat, wer dies wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit dennoch getan hat, Schadenersatz zu leisten, und nach demselben § 14 wird, wer es wissentlich getan hat, außerdem bestraft. § 7 Weinges. verbietet es, dem Wein unreinen Stärkezucker zuzusetzen, §§ 13, 15 des Gesetzes bestimmen für den Fall, daß dies vorsätzlich oder fahrlässig dennoch geschehen ist, eine Strafe, und § 823 BGB. setzt für den gleichen Fall eine Schadenersatzpflicht

1) Siehe Binding Normen Bd. 2 S. 605/606, 615/617, v. Liszt StrR. (14, 15) S. 157/162.

Digitized by Google

fest. Wir haben keinen Grund zu der Annahme, daß es in den Fällen anders wäre, in denen neben einer Schadenersatz- oder Strafbestimmung die primäre Vorschrift zufällig nicht besonders ausgesprochen ist, sondern nur mittelbar in der Schadenersatz- oder Strafbestimmung zum Ausdruck kommt.

Hiernach müssen wir annehmen, daß in den Fällen, in denen an ein schuldhaftes Verhalten eine Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht angeknüpft ist, das Verschulden in der Regel nicht Bedingung der Rechtswidrigkeit, sondern nur der an sie angeknüpften Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht ist. D. h. man darf einen bestimmten Tatbestand in keiner Weise verwirklichen, hat man ihn aber dennoch verwirklicht, so braucht man doch nur dann Schadenersatz zu leisten und Strafe zu dulden, wenn man ihn schuldhaft verwirklicht hat. Von den Vorschriften, die an ein schuldhaftes Verhalten eine Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht knüpfen, gelangen wir also in der Regel zu einer primären Vorschrift, kraft deren ein solches Verhalten überhaupt nicht, weder schuldhaft noch schuldlos, stattfinden darf, und demgemäß zu einem Recht darauf, daß es überhaupt nicht stattfindet.

Es gibt aber Ausnahmen von dieser Regel. Hierher gehört namentlich der Fall, daß ein Verhalten nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Wollen sich als verwerflich darstellt. Alsdann ist das Verschulden nicht nur Bedingung der Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht, sondern überhaupt der Rechtswidrigkeit, die primäre Vorschrift verbietet nur ein schuldhaftes Verhalten, und das in ihr enthaltene Recht geht daher auch nur darauf, daß ein schuldhaftes Verhalten unterbleibt. So ist es z. B. in dem Falle des § 826 BGB., nach welchem Schadenersatz zu leisten hat, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt. Hier stellt sich die Schädigung nur wegen des unsittlichen auf sie gerichteten Vorsatzes als verwerflich dar: sobald dieser fehlt, läßt sie sich unter keinem Gesichtspunkt mißbilligen. Der Vorsatz ist daher hier Bedingung der Rechtswidrigkeit, die primäre Vorschrift untersagt nur die vorsätzliche Schädigung, und das in ihr enthaltene Recht ist somit auch nur auf Unterlassung vorsätzlicher Schädigung gerichtet.

Digitized by Google

3.

Nunmehr stehen wir vor der Aufgabe, die Fülle der gewonnenen Privatrechte zusammenzufassen und zu ordnen.

Sobald wir nicht nur die unmittelbar in einem Rechtssatz anerkannten Privatrechte, sondern auch die mittelbar, z. B. in Schadenersatz- und Strafvorschriften, anerkannten ins Auge fassen, tritt uns eine ungeahnte Zahl von Privatrechten entgegen. Wie kann es uns gelingen, diesen gewaltigen Stoff wissenschaftlich zu beherrschen? Wir haben hierzu zwei Mittel: die Vereinigung der zusammengehörigen Einzelberechtigungen zu Gesamtrechten und die Ordnung der so gewonnenen Gesamtrechte zum Rechtssystem.

Zunächst müssen wir die zusammengehörigen Einzelberechtigungen zu Gesamtrechten vereinigen.

Von einem Recht spricht man in doppeltem Sinne[1]. Man redet zunächst von dem Rechte des Nießbrauchers, die Sache zu besitzen (§ 1036 BGB.), die Nutzungen davon zu ziehen (§ 1030 BGB.), eine Einrichtung, mit der er sie versehen hat, wegzunehmen (§ 1049 BGB.). Sodann bezeichnet man aber auch den Nießbrauch im ganzen als ein Recht (§ 873 BGB.). Man verwendet also das Wort Recht nicht nur für die Tatsache, daß um jemandes willen andere in irgend einer einzelnen Beziehung gebunden sind, sondern ferner auch für die Tatsache, daß ein Inbegriff von solchen Gebundenheiten gemeinsam ein bei ihm bestehendes Bedürfnis zu befriedigen bestimmt ist. Vereinigt man die sämtlichen zusammengehörigen Rechte im ersten Sinne, so hat man ein Recht im zweiten Sinne.

Die Rechte, die wir kennen gelernt haben, sind nun zum größten Teil bloße Einzelberechtigungen, Rechtssplitter, oder kleinere Gruppen von solchen. Sie befriedigen ein Bedürfnis, aber nur nach einer bestimmten Richtung hin, gewährleisten jemandem den Genuß eines Gutes nur gegen eine einzelne Beeinträchtigung oder einen begrenzten Kreis von solchen. Wir haben das ziemlich umfassende Recht des

---

1) Hierauf hat Puchta Inst. (9) Bd. 1 S. 8 aufmerksam gemacht. Ebenso Brinz Pand. Bd. 1 (2) S. 209, Kipp zu Windscheid Pand. (8) Bd. 1 S. 136/137, Stammler Wirtsch. u. R. S. 263.

Digitized by Google

Eigentümers einer Sache kennen gelernt, daß niemand ihn im Genuß der Sache stört oder wider seinen Willen auf sie einwirkt (§ 903 BGB.). Daneben aber auch eine Anzahl von enger begrenzten Rechten desselben Eigentümers, z. B. daß niemand die Sache durch Herbeiführung einer Überschwemmung (§§ 313, 314 StGB.), durch Brandstiftung (§§ 308, 309 StGB.), durch Feueranzünden an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Haiden (§ 368 Nr. 6 StGB.) gefährdet.

Diese Einzelberechtigungen müssen wir zu Gesamtrechten zusammenfassen, derart daß alle die Einzelberechtigungen, die gemeinsam ein bei jemandem bestehendes Bedürfnis zu befriedigen bestimmt sind, eine Einheit bilden. Was für sich allein vielleicht klein und kaum der Beachtung wert schien, wird jetzt mit einem Mal zum Gliede eines bedeutenden Ganzen, von welchem man keinen Teil vermissen möchte.

Dieses Ganze kann sehr mannigfach sein. Beim Eigentum und bei vielen anderen Rechten sehen wir den Genuß eines Gutes gleichsam mit zwei Wällen umgeben. Den inneren bilden die Einzelberechtigungen, die die Beeinträchtigung des Genusses, den äußeren diejenigen, die auch schon seine bloße Gefährdung verhüten sollen. Die Einzelberechtigungen, die die Beeinträchtigung zu verhindern bestimmt sind, schützen gegen die verschiedensten Arten der Beeinträchtigung: niemand darf dem Eigentümer die Sache beschädigen, niemand sie ihm entziehen, niemand ihn auf andere Weise in ihrem Genusse stören oder auch nur sich selbst ihren Genuß anmaßen (§ 903 BGB.). Die Einzelberechtigungen, die dazu dienen, die Gefährdung zu verhindern, gehen nicht so weit, sie sichern nur gegen gewisse besonders arge Gefährdungen: niemand darf z. B. die Sache durch Herbeiführung einer Überschwemmung (§§ 313, 314 StGB.), durch Brandstiftung (§§ 308, 309 StGB.), durch gefährliches Feueranzünden (§ 368 Nr. 6 StGB.) in Gefahr bringen.

Sodann müssen wir die von uns gewonnenen Gesamtrechte zum System ordnen.

Hier treten sich zunächst die Ausschließungsrechte (absoluten Rechte) und die Forderungsrechte (relativen Rechte) als etwas

Digitized by Google

Verschiedenes gegenüber[1]. Jene gehen gegen jedermann, d. h. gegen alle Menschen, auf die sich eine Rechtsvorschrift bezieht, soweit sie nicht durch besondere in der Rechtsvorschrift bezeichnete Umstände von der Verpflichtung ausgenommen sind. Diese dagegen richten sich nur gegen den einen oder andern, d. h. nur gegen diejenigen einer Rechtsvorschrift unterworfenen Menschen, für welche besondere in der Rechtsvorschrift bezeichnete Umstände die Verpflichtung begründen. Jene können den verpflichteten Vielen gegenüber nur auf ein Unterlassen gehen, höchstens dem einen oder andern gegenüber daneben auch auf ein Tun. Diese können den wenigen Verpflichteten gegenüber auf ein Tun wie auf ein Unterlassen gehen. Jene halten alle anderen von uns fern, sie dienen der Abschließung. Diese setzen uns zu wenigen anderen in Beziehung, sie dienen der Verbindung.

Die Ausschließungsrechte ordnen sich dann weiter nach den Gütern, die durch die Ausschließung gewährleistet werden: das gewährleistete Gut ist maßgebend für die Art des gewährleistenden Rechts[2].

Zunächst tritt uns das Persönlichkeitsrecht entgegen, es verbürgt uns den Genuß unserer persönlichen Güter, d. h. der Güter, die mit unserer Person untrennbar verbunden sind[3]. Sodann die dinglichen Rechte, die uns den Genuß einer Sache gewährleisten, also das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte, der Sachbesitz und die beschränkten Besitzrechte. Weiter die Rechte an unkörperlichen Gütern, sie gewährleisten uns den Genuß eines äußeren Gutes, das nicht Sache ist, hierher gehören namentlich die Bezeichnungsrechte, z. B. das Namenrecht, die Verkörperungsrechte, z. B. das Patentrecht, und die Rechte an einer persönlichen Beziehung, z. B. das Recht des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen[4]. Neben diesen Rechten an einzelnen Gütern darf man die Rechte an ganzen Güterkreisen nicht übersehen, die uns eine Mehrheit von Gütern oder gar die Gesamtheit aller unserer Güter

1) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 263/273.
2) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 302/303.
3) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 304/316.
4) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 325/329.

Digitized by Google

gemeinsam gegen gewisse Angriffe gewährleisten, das wichtigste von ihnen kann man als allgemeines Ausschließungsrecht bezeichnen[1].

Anders als die Ausschließungsrechte empfangen die Forderungsrechte ihren besonderen Charakter nicht durch das gewährleistete Gut, das bei ihnen vielfach, so z. B. bei der Schenkung, dem Vermächtnis und dem Schuldversprechen auf den Inhaber, von der verschiedensten Art sein kann, sondern durch ihren Entstehungsgrund: man hat sie daher von jeher nach ihrem Entstehungsgrunde eingeteilt[2].

Hier sehen wir zunächst die Forderungsrechte aus Verträgen, z. B. das Recht des Käufers, Verkäufers, Darleihers, Auftraggebers. Sodann die Forderungsrechte aus einseitigen Rechtsgeschäften, so das Recht aus einem Inhaberpapier oder Vermächtnis. Hierauf die Forderungsrechte aus nichtrechtsgeschäftlichen erlaubten Tatbeständen, z. B. das Recht des Verlierers gegenüber dem Finder, das Recht dessen, der zur Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld etwas geleistet hat, gegenüber dem dadurch Bereicherten. Endlich die Forderungsrechte aus unerlaubten Tatbeständen[3], so z. B. das Recht desjenigen, dessen Gesundheit oder Eigentum verletzt worden ist, gegenüber dem Verletzer.

Die herkömmliche Ordnung der Rechte beruht auf diesen Gedanken. Sie bringt sie freilich nicht rein zur Durchführung. Teils mit gutem Grunde, so wenn man die Familienrechte und die Erbrechte wegen ihrer Zusammengehörigkeit aus den übrigen Ausschließungs- und Forderungsrechten ausscheidet und zu besonderen Gruppen vereinigt. Teils auch aus Unklarheit, so wenn man es unterläßt, den dinglichen Rechten die Rechte an unkörperlichen Gütern, das Persönlichkeitsrecht und die Rechte an ganzen Güterkreisen als gleichartig zur Seite zu stellen.

Mögen wir übrigens die Rechte auf diese oder auf eine andere Art zum System ordnen, stets werden wir dadurch in den Stand gesetzt, die zu Gesamtrechten vereinigten Einzelberechtigungen als

1) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 329/331, 333/336.

2) Näheres Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 338/340.

3) Über das Verhältnis von unerlaubtem Tatbestand und unerlaubter Handlung siehe Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 277/279.

Digitized by Google

ein gegliedertes Ganzes zu überblicken und, was zunächst unübersehbar schien, wissenschaftlich zu beherrschen.

Bei alle dem müssen wir uns vor einem Fehler hüten. Wir dürfen uns nicht verleiten lassen, die Lücken, die wir im Rechtssystem oder in den es bildenden Gesamtrechten zu entdecken glauben, willkürlich auszufüllen. Die Rechtssätze sind die Grenzen der Rechte. Von Rechten kann nur insoweit die Rede sein, als sie unmittelbar oder mittelbar in einem Rechtssatz anerkannt sind.

Es ist nicht überflüssig, das hervorzuheben. Als zuerst wieder mit Entschiedenheit auf das Persönlichkeitsrecht hingewiesen wurde[1], da beging man den Fehler, aus der Tatsache, daß unsere Person gegen gewisse Verletzungen den Schutz der Rechtsordnung genießt, den Schluß zu ziehen, daß sie gegen alle möglichen anderen Verletzungen gleichfalls geschützt sei. Ohne irgendwelchen Anhalt im Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht gelangte man zu der Aufstellung eines schrankenlosen Rechts am eigenen Bilde und zahlreicher ähnlicher „Individualrechte“[2]. Hierdurch hauptsächlich hat man die Gegenströmung erzeugt, die sich mit den nichtigsten Gründen der Anerkennung des Persönlichkeitsrechts widersetzte.

In Wirklichkeit bedeutet das Persönlichkeitsrecht nur, daß unsere Person gegen solche Beeinträchtigungen gesichert ist, die durch bestimmte Rechtsvorschriften um unseretwillen untersagt sind. Wir haben z. B. nach §§ 360 Nr. 13, 183, 166 StGB. ein Recht darauf, daß niemand durch Tierquälerei unser Menschlichkeitsgefühl, durch eine öffentliche unzüchtige Handlung unser geschlechtliches Schamgefühl, durch eine öffentliche Gotteslästerung unser religiöses Gefühl verletzt. Wir haben aber deshalb noch kein Recht darauf, daß auch beliebige andere Verletzungen unseres Gefühls unterbleiben. Wenn jemand durch eine nichtöffentliche un-

---

1) Dies ist namentlich das Verdienst von Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 202/203 und von Gierke D. PrivR. Bd. 1 S. 702/717.

2) So unter anderen Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 147, 251/287 und im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 82 S. 147/150, Gierke D. PrivR. Bd. 1 S. 705 und in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 168/169.

Digitized by Google

züchtige Handlung unser geschlechtliches Schamgefühl oder durch eine nichtöffentliche Gotteslästerung unser religiöses Gefühl beleidigt, wenn jemand durch eine verächtliche Äußerung über Deutschland unser vaterländisches Gefühl verwundet, so ist das keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

Was für das Persönlichkeitsrecht gilt, das gilt aber ganz in der gleichen Weise für alle anderen Rechte. Der Inhalt eines Rechts bestimmt sich einzig und allein nach den Rechtssätzen, in denen die es bildenden Einzelberechtigungen unmittelbar oder mittelbar anerkannt sind.

Sein Inhalt kann hiernach sehr verschieden sein. Bald sind zugunsten des Berechtigten nur bestimmte Arten der Beeinträchtigung des gewährleisteten Genusses untersagt, bald jede Art der Beeinträchtigung, bald auch noch bestimmte Arten der Gefährdung. Ist das Recht unmittelbar anerkannt, so geht es in der Regel weiter, alsdann verbietet es nicht selten Verletzungen der verschiedensten Art. Hat es dagegen nur mittelbare Anerkennung in Schadenersatz- oder Strafvorschriften gefunden, so pflegt es enger umgrenzt zu sein, die in Betracht kommenden Vorschriften lassen die Schadenersatzpflicht und die Strafe vielleicht nur bei besonders schweren Verletzungen eintreten, alsdann können wir von ihnen auch nur zu einem Recht gelangen, das diese besonderen Verletzungen untersagt.

So kann sich z. B. der Eigentümer auf Grund des sein Recht unmittelbar anerkennenden § 903 BGB. jede Beeinträchtigung im Genuß der Sache verbitten und außerdem auf Grund einer Reihe von Schadenersatz- und Strafvorschriften auch noch bestimmte Gefährdungen. Dagegen kann der Gewerbtreibende kraft seines Rechts an einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das nur mittelbar in der Straf- und Schadenersatzvorschrift des § 9 WettbewGes. anerkannt ist, weiter nichts verlangen, als daß kein Angestellter, Arbeiter oder Lehrling seines Betriebes, dem das Geheimnis vermöge des Rechtsverhältnisses zugänglich geworden ist, es während dessen Geltungsdauer zu Zwecken des Wettbewerbs oder zum Zweck der Schädigung unbefugt an andere mitteilt, und daß ferner niemand, der das Geheimnis durch eine solche Mitteilung oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende

Digitized by Google

eigene Handlung kennen gelernt hat, es zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt verwertet oder mitteilt.

4.

Unter den Privatrechten treten uns als eine besondere Art die Ansprüche auf ein Unterlassen entgegen, Einzelberechtigungen, bei denen der Verpflichtete etwas zu unterlassen hat.

Die Ansprüche auf ein Unterlassen sind nicht immer auf den ersten Blick zu erkennen. Nicht selten treten sie in einer Gestalt auf, daß man sie zunächst für Ansprüche auf ein Tun halten könnte.

Dies ist namentlich dort der Fall, wo jemandem ein Recht zu einem eigenen Tun gewährt wird. Z. B. kann nach § 903 BGB. der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit ihr nach Belieben verfahren. Nach § 1030 BGB. ist der Nießbraucher berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Nach § 1 Kunstschutzges. hat der Urheber eines Werkes der bildenden Künste das ausschließliche Recht, es ganz oder teilweise nachzubilden.

In solchen Fällen ist immer ein Anspruch auf ein Unterlassen gegeben. Das Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu schalten, hat seinen Kernpunkt darin, daß andere ihn nicht an solchem Schalten hindern dürfen. Ebenso aber gehen alle Rechte, die zunächst auf ein eigenes Tun gerichtet zu sein scheinen, in Wirklichkeit auf ein fremdes Unterlassen. Wird jemand zu einem Tun für berechtigt erklärt, so bedeutet dies, daß man ihn nicht daran hindern darf. Wird er zu einem ausschließlichen Tun für berechtigt erklärt, so kommt hinzu, daß man auch nicht selber das Gleiche tun darf.

Aber auch sonst zuweilen treten uns Ansprüche auf ein Unterlassen unter der Maske von Ansprüchen auf ein Tun entgegen. Z. B. ein Kaufmann hat mit seinem Handlungsgehilfen vereinbart, daß dieser in den ersten drei Jahren nach Beendigung des Dienstverhältnisses nur außerhalb Preußens eine Stellung annehmen soll, oder der Verkäufer eines Gutes hat mit dem Käufer ausgemacht,

Digitized by Google

daß dieser einen auf dem Gut befindlichen Wald, solange der Verkäufer lebt, bestehen lassen soll. In beiden Fällen richtet sich der Anspruch auf ein Unterlassen. Der Berechtigte kann vom Verpflichteten keinerlei Tun verlangen: der Kaufmann hat nur zu beanspruchen, daß der Handlungsgehilfe drei Jahre lang keine Stellung in Preußen annimmt, der Verkäufer des Gutes nur, daß, solange er lebt, der Käufer den Wald nicht abholzen läßt.

Andererseits sind wir zuweilen auch in Gefahr, Ansprüche auf ein Tun für Ansprüche auf ein Unterlassen zu halten.

Hierher gehören namentlich die Ansprüche auf ein Verhüten. Nach § 833 BGB. hat z. B. der Inhaber eines dinglichen Rechts gegen den, der ein Tier hält, den Anspruch, daß die Sache die den Gegenstand seines Rechts bildet, nicht durch das Tier beschädigt wird. Nach § 836 BGB. hat jeder Mensch gegen den Besitzer eines Grundstücks, auf dem ein Gebäude steht, den Anspruch, daß er nicht durch einen Einsturz des Gebäudes, den jener durch mangelhafte Unterhaltung verschuldet hat, eine Körperverletzung erleidet. Ein Mietvertrag (§ 535 BGB.) kann dem Vermieter den Anspruch geben, daß in der Wohnung des Mieters nach elf Uhr abends nicht mehr Klavier gespielt wird.

Hier überall könnte man bei oberflächlicher Betrachtung nur Ansprüche auf ein Unterlassen zu sehen glauben, in Wirklichkeit aber sind die beiden ersten Ansprüche ausschließlich und der dritte ist wenigstens zum großen Teil auf ein Tun gerichtet. Die Verpflichtung des Tierhalters geht darauf, daß er Beschädigungen durch das Tier verhütet, also nicht etwas unterläßt, sondern etwas tut. Der Besitzer eines Gebäudegrundstücks ist verpflichtet, das Gebäude mit solcher Sorgfalt zu unterhalten, daß Beschädigungen durch dessen Einsturz nicht zu befürchten sind, also ebenfalls nicht zu einem Unterlassen, sondern zu einem Tun. Und der Mietvertrag, der das nächtliche Klavierspiel in der Wohnung des Mieters untersagt, verpflichtet den Mieter nicht nur, es selbst zu unterlassen, sondern auch andere daran zu hindern, neben der Verpflichtung zu einem Unterlassen steht hier eine mindestens ebenso wichtige Verpflichtung zu einem Tun. Das Gleiche gilt überall, wo jemand verpflichtet

ist, etwas zu verhüten: hier richtet sich stets die Verpflichtung nicht auf ein Unterlassen, sondern auf ein Tun.

Aber auch abgesehen hiervon stellen sich manchmal Ansprüche auf ein Tun in einer Gestalt dar, daß man sie zunächst für Ansprüche auf ein Unterlassen halten könnte. So wenn eine Stadt, der ein durch geschichtliche Erinnerungen wertvolles Haus geschenkt wurde, die Verpflichtung übernommen hat, es nicht verfallen zu lassen, oder wenn ein Auswanderer sich seinen zurückgebliebenen Geschwistern gegenüber verpflichtet hat, den ihm zufallenden väterlichen Erbteil nicht anzunehmen. In dem einen wie in dem andern Falle geht der Anspruch in Wirklichkeit auf ein Tun. Die Stadgemeinde hat nicht nur den Abbruch des Hauses zu unterlassen, sondern es vielmehr dauernd imstande zu halten, und ebenso liegt dem ausgewanderten Bruder nach dem Sinn des Vertrages (§ 157 BGB.) nicht nur die wirkungslose Unterlassung der Annahme der Erbschaft ob, sondern die allein wirksame Ausschlagung.

Für die Ansprüche auf ein Unterlassen gilt alles, was für die Privatrechte im allgemeinen festgestellt worden ist.

Also erstens: ein Anspruch auf ein Unterlassen ist überall gegeben, wo eine Vorschrift des Privatrechts um jemandes willen andere zu einem Unterlassen verpflichtet[1].

Zweitens: Ansprüche auf ein Unterlassen sind nicht nur dort gegeben, wo eine Rechtsvorschrift ausdrücklich ausspricht, daß jemand um eines Einzelnen willen etwas zu unterlassen hat, sondern auch dort, wo eine solche Verpflichtung nur mittelbar aus einer Vorschrift des Privatrechts oder des öffentlichen Rechtes folgt[2].

Drittens: die Ansprüche auf ein Unterlassen sind einfache Bestandteile der meist vielumfassenden Gesamtrechte, die gemeinsam das System des Privatrechts bilden; wir können sie am besten überblicken, indem wir, diesem System folgend, bei jedem Gesamtrecht die auf ein Unterlassen gehenden Ansprüche betrachten; wir dürfen sie innerhalb dieser Gesamtrechte aber nicht willkürlich an-

1) Siehe oben S. 104/109.
2) Siehe oben S. 109/121.

Digitized by Google

nehmen, sondern nur auf Grund eines sie unmittelbar oder mittelbar anerkennenden Rechtssatzes[1].

5.

Zum Schutz aller Ansprüche auf ein Unterlassen findet die Unterlassungsklage statt.

Sie findet nur zum Schutz der auf ein Unterlassen gerichteten Ansprüche statt.

Man könnte daran denken, daß wenigstens auch zum Schutz der Ansprüche auf ein Verhüten[2] die Unterlassungsklage gegeben sein müsse, derart daß hier auf das Unterbleiben des zu verhütenden Ereignisses geklagt werden könne. Diese Ansprüche sind durchweg aufs engste mit Ansprüchen auf ein Unterlassen verbunden, etwa der Anspruch auf Verhütung des Tierschadens mit dem Anspruch auf Unterlassung der Beschädigung, der Anspruch des Vermieters, daß der Mieter für das Unterlassen nächtlichen Klavierspiels sorgt, mit seinem Anspruch, daß jener selbst nicht bei Nacht Klavier spielt. Trotzdem findet zu ihrem Schutz nicht die Unterlassungsklage statt.

An sich wäre es ja durchaus möglich, daß ein Gesetz allen Ansprüchen ohne Unterschied den Schutz einer vorbeugenden Klage gewährte, auch den Ansprüchen auf ein Tun, sodaß etwa der Vermieter den Mieter wegen fortgesetzter unpünktlicher Zahlung des Mietzinses verurteilen lassen könnte, bei Vermeidung einer Strafe künftig pünktlich zu zahlen. Unsere Rechtsordnung kennt aber eine vorbeugende Klage nur zum Schutz der Ansprüche auf ein Unterlassen: der Gesichtspunkt dabei ist, daß man durch die Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes nicht zu einem gewünschten Tun genötigt, sondern höchstens von einem befürchteten Tun abgehalten werden soll.

Dieser Gesichtspunkt greift nun allein bei den Ansprüchen auf ein Unterlassen platz, nicht auch bei den so eng mit ihnen verbundenen Ansprüchen auf ein Verhüten. Der Anspruch auf ein

---

1) Siehe oben S. 122/128.

2) Siehe oben S. 129/130.

Digitized by Google

Unterlassen verlangt vom Verpflichteten eine bloße Untätigkeit, er soll meine Sache nicht beschädigen, zur Nachtzeit nicht musizieren. Der Anspruch auf ein Verhüten fordert dagegen von ihm eine Tätigkeit, er soll Beschädigungen durch sein Tier verhindern, andere vom Musizieren abhalten. Die Unterlassungsklage ist daher nur zum Schutz der Ansprüche auf ein Unterlassen gegeben, nicht aber, auch im Fall der engsten Verbindung, zum Schutz der Ansprüche auf ein Verhüten.

Die Unterlassungsklage findet zum Schutz aller auf ein Unterlassen gerichteten Ansprüche statt.

Örtmann allerdings behauptet, daß sie nur zum Schutz derjenigen Rechte gegeben sei, die unter seinen unbestimmten engeren Begriff des Rechts[1] fallen. Er versagt sie deshalb zum Schutz der Ehre und des Kredits, die er als bloße Rechtsgüter betrachtet, und ob sie zum Schutz des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit gegeben sei, macht er davon abhängig, ob, was er unentschieden läßt, hier ein Recht vorhanden sei oder ein bloßes Rechtsgut[2].

Aber selbst wenn man zwischen dem Recht und dem Rechtsgut einen sicheren Unterschied zu begründen vermöchte (Örtmann vermag es nicht), so wäre diese Ansicht dennoch unrichtig. Denn unsere einzige Grundlage für die Annahme einer allgemeinen Unterlassungsklage besteht darin, daß unser Recht eine Reihe von einzelnen Unterlassungsklagen anerkennt und daß hierin ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung kommt, dessen uneingeschränkte Geltung im Sinn unseres Rechts ist[3]. Es ist kein Grund vorhanden, weshalb sich dieser allgemeine Grundsatz nicht ebensogut wie auf die von Örtmann anerkannten Rechte auch auf seine bloßen Rechtsgüter beziehen sollte.

Im Gegenteil dürfen wir unserem Recht nicht eine solche Sinnlosigkeit zutrauen, daß es zum Schutz allerlei untergeordneter Güter, etwa der Möglichkeit, eine Sache zu benutzen, einen Namen

1) Siehe oben S. 106/107.

2) Örtmann in der D.JurZtg. Bd. 9 S. 616/623.

3) Siehe oben S. 90/103.

Digitized by Google

oder eine Firma zu gebrauchen, über ein Schriftwerk oder eine Erfindung zu verfügen, eine Unterlassungsklage gewährte, nicht aber auch zum Schutz der allerwertvollsten Güter, die wir haben, unserer Ehre, unseres Kredits, ja womöglich auch unserer körperlichen Unversehrtheit, unserer Freiheit und unseres Lebens.

Die Unterlassungsklage findet nicht nur zum Schutz der Ansprüche auf ein reines Unterlassen, sondern auch der Ansprüche auf ein Dulden statt.

Man muß zwei Arten von Ansprüchen auf ein Unterlassen unterscheiden.

Die einen bewirken zugunsten des Berechtigten, daß der Verpflichtete den bestehenden Zustand nicht ändern darf. Hierher gehört der Anspruch jedes Menschen, daß ihn niemand an der Gesundheit beschädigt (§ 823 BGB.), der Anspruch des Eigentümers, daß niemand unbefugt auf seine Sache einwirkt (§ 903 BGB.), der Anspruch des Patentinhabers, daß niemand die Erfindung widerrechtlich in Benutzung nimmt (§ 4 PatGes.), der Anspruch des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks, daß der Pächter keine dauernden Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornimmt (§ 583 BGB.). Diese Ansprüche kann man Ansprüche auf ein reines Unterlassen nennen.

Die anderen Ansprüche auf ein Unterlassen wirken zugunsten des Berechtigten in dem Sinne, daß der Verpflichtete ihn nicht hindern darf, den bestehenden Zustand zu ändern. Von dieser Art ist der Anspruch des Grundeigentümers, dessen Grundstück keine ordnungsmäßige Verbindung mit einem öffentlichen Wege hat, daß der Nachbar die Benutzung des Notweges duldet (§ 917 BGB.), der des geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, daß der andere Ehegatte ihn mit dem Kinde persönlich verkehren läßt (§ 1636 BGB.), der Anspruch des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters, daß ihn die geschäftsführenden Gesellschafter nicht an der Einsicht in die Geschäftsbücher hindern (§ 716 BGB), der des Teilhabers einer Gemeinschaft, daß die anderen Teilhaber ihn nicht von einem angemessenen Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes abhalten

Digitized by Google

(§ 743 BGB.). Diese Ansprüche nennt man Ansprüche auf ein Dulden.

Der Berechtigte hat nicht nur bei den Ansprüchen auf ein reines Unterlassen, sondern ebensogut auch bei denen auf ein Dulden das Bedürfnis nach einer Unterlassungsklage. Ob die Verletzung des Patentinhabers darin bestanden hat, daß jemand die Erfindung unbefugt in Benutzung nahm, oder darin, daß er ihn selbst an ihrer Benutzung hinderte, in diesem wie in jenem Falle ist es für den Patentinhaber von Wert, die Gefahr künftiger ähnlicher Beeinträchtigungen durch eine Klage auf Unterlassung verringern zu können.

Man kann aber ungewiß sein, ob dies Bedürfnis in unserem Recht volle Befriedigung findet. Die Ansprüche auf ein reines Unterlassen dienen der Erhaltung des Bestehenden, die Ansprüche auf ein Dulden seiner Änderung. Unser Recht schützt im allgemeinen die Ansprüche, kraft deren das Bestehende erhalten bleiben soll, stärker als jene, kraft deren es geändert werden soll. Zum Schutz der ersten ist z. B. die weitgehende Notwehr, zum Schutz der letzten nur die engbegrenzte Selbsthilfe gestattet (§§ 227, 229, 230 BGB.). So kann man sich die Frage vorlegen, ob es im Sinne unseres Rechts ist, daß die Ansprüche auf ein Dulden ebenso wie die Ansprüche auf ein reines Unterlassen den Schutz der Unterlassungsklage genießen.

Indessen dieser Zweifel weicht, sobald wir auf die einzelnen in unserem Recht anerkannten Unterlassungsklagen blicken. Von ihnen schützen allerdings einige nur Ansprüche auf ein reines Unterlassen, eine ganze Anzahl aber auch Ansprüche auf ein Dulden. So hat z. B. der Eigentümer eines Grundstücks nach § 1004 BGB. die Unterlassungsklage zum Schutz seines Anspruchs, daß man ihn nicht an der Anlegung eines Bewässerungsgrabens hindert. Der Grunddienstbarkeitsberechtigte hat die Klage nach § 1027 BGB. zum Schutz seines Anspruchs auf ungestörte Beweidung des dienenden Grundstücks, und der Nießbraucher nach § 1065 BGB. zum Schutz seines Anspruchs auf ungestörte Einerntung der Früchte. Der Besitzer eines Grundstücks hat sie nach § 862 BGB. zum Schutz seines Anspruchs, daß man ihn das Grundstück ruhig bebauen läßt. Unter diesen Umständen müssen wir annehmen, daß die aus jenen

Digitized by Google

einzelnen Unterlassungsklagen von uns gefolgerte allgemeine Unterlassungsklage[1] gleichfalls nicht nur die Ansprüche auf ein reines Unterlassen, sondern auch die Ansprüche auf ein Dulden schützt.

Die Unterlassungsklage findet zum Schutz jedes Anspruches auf ein Unterlassen statt, gleichviel was für einem Gesamtrecht er angehört.

Die Gesamtrechte, zu denen sich die Einzelberechtigungen des Privatrechts zusammenschließen[2], umfassen fast immer sowohl Ansprüche auf ein Tun wie solche auf ein Unterlassen. Hierbei stehen bald die einen, bald die anderen Ansprüche im Vordergrunde.

Wenn innerhalb eines Gesamtrechts die Ansprüche auf ein Unterlassen die größere Rolle spielen, so sind wir geneigt, das ganze Gesamtrecht als ein Recht auf ein Unterlassen zu betrachten. Dies ist namentlich bei allen Ausschließungsrechten der Fall. So steht z. B. unter den Ansprüchen des Eigentümers an erster Stelle der Anspruch, daß niemand ihn hindert, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, daß niemand ohne seine Einwilligung auf die Sache einwirkt (§ 903 BGB.) und daß niemand die Sache durch gewisse unerlaubte Handlungen gefährdet. Hierzu kommt erst in zweiter Linie der Anspruch, daß, wer die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat, sie ihm herausgibt (§ 985 BGB.), daß, wer ihn in anderer Weise im Genuß der Sache beeinträchtigt, die Beeinträchtigung beseitigt (§ 1004 BGB.), daß der Besitzer eines Grundstücks, auf das die Sache gelangt ist, ihm die Erlaubnis zu ihrer Aufsuchung und Wegschaffung erteilt (§ 1005 BGB.).

Haben umgekehrt innerhalb eines Gesamtrechts die Ansprüche auf ein Tun die überwiegende Bedeutung, so neigen wir dazu, das ganze Gesamtrecht als ein Recht auf ein Tun zu betrachten. So ist es bei den meisten Forderungsrechten. Z. B. steht unter den Ansprüchen des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks der Anspruch darauf, daß der Pächter den Pachtzins bezahlt (§§ 551, 581 BGB.), die

---

1) Siehe oben S. 90/103.
2) Siehe oben S. 122/123.

Digitized by Google

gewöhnlichen Ausbesserungen auf seine Kosten bewirkt (§ 582 BGB.), das Hervortreten von Mängeln, die Notwendigkeit von Schutzmaßregeln und die Rechtsanmaßungen Dritter anzeigt (§§ 545, 581 BGB.) und schließlich das Grundstück in ordnungsmäßigem Zustande zurückgibt (§ 591 BGB.), entschieden im Vordergrunde. Nur nebensächlich schließt sich der Anspruch an, daß der Pächter keine über die Pachtzeit hinaus wirkenden Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornimmt (§ 583 BGB.), überhaupt keinen vertragswidrigen Gebrauch von dem Grundstück macht (§§ 553, 581 BGB.) und seinen Gebrauch auch nicht eigenmächtig einem andern überläßt (§§ 549, 581 BGB.).

Ist die Unterlassungsklage nur zum Schutz solcher Ansprüche gegeben, die einem in erster Linie auf ein Unterlassen gerichteten Gesamtrecht angehören, oder auch zum Schutz solcher Ansprüche, die in einem vorzugsweise auf ein Tun gerichteten Gesamtrecht nur eine nebensächliche Rolle spielen? Ein Bedürfnis für die Unterlassungsklage besteht in dem letzten wie in dem ersten Falle. So wertvoll es für den Eigentümer eines Grundstücks ist, daß er, wenn jemand es unbefugt befahren hat, zur Verhütung weiteren unbefugten Befahrens auf Unterlassung klagen kann, so wertvoll ist es auch für den Kaufmann, wenn der Handlungsgehilfe unbefugt eigene Geschäfte in demselben Handelszweige gemacht hat, weiteren Zuwiderhandlungen durch die Unterlassungsklage entgegenwirken zu können.

Und dieses Bedürfnis findet in unserem Recht seine volle Befriedigung. Die einzelnen in ihm anerkannten Unterlassungsklagen finden allerdings zum größten Teil bei solchen Gesamtrechten statt, die in erster Linie auf ein Unterlassen gehen. Aber einige von ihnen sind doch auch bei solchen Gesamtrechten gegeben, die vorwiegend auf ein Tun gerichtet sind, nämlich bei dem Recht des Vermieters (§ 550 BGB.), des Verpächters (§ 581 BGB.) und des Hauptberechtigten beim Nießbrauch (§§ 1053, 1068 BGB.). Wir müssen daher annehmen, daß auch die allgemeine Unterlassungsklage, die wir aus jenen einzelnen Unterlassungsklagen folgern,[1] bei

1) Siehe oben S. 90/103.

Digitized by Google

den Gesamtrechten der einen wie der anderen Art stattfindet und somit überall, wo in einem Ausschließungs- oder Forderungsrecht ein auf ein Unterlassen gerichteter Anspruch enthalten ist.

6.

Überall, wo ein Privatrecht irgendwelche auf ein Unterlassen gerichtete Ansprüche enthält, da ist zu seinem Schutz die Unterlassungsklage gegeben. Ihre Anwendungsfälle sind zahllos. Vergeblich wäre der Versuch, eine auch nur annähernd vollständige Übersicht über sie zu liefern. Man muß sich begnügen, einige besonders wichtige hervorzuheben.

Vielfach findet die Unterlassungsklage zum Schutz des Persönlichkeitsrechtes statt.

So zur Verhinderung körperlicher Beschädigung. Wir können auf Unterlassung klagen, wenn wir eine Körperverletzung erlitten haben und deren Wiederholung befürchten müssen (§ 223 StGB., § 823 BGB.). Nicht minder aber auch, wenn unser Recht nur durch eine Gefährdung unseres Körpers verletzt worden ist und weitere Gefährdung droht. Z. B. jemand hetzt fortgesetzt einen Hund auf einen Menschen (§ 366 Nr. 6 StGB.). Jemand betritt die zu seinem Hause gehörige Scheune regelmäßig mit unverwahrtem Licht (§ 368 Nr. 5 StGB.) oder verletzt zur Cholerazeit die polizeilichen Absperrungsmaßregeln (§ 327 StGB.) und gefährdet hierdurch die Mitbewohner. Jemand gefährdet die Benutzer einer Straße dadurch, daß er übermäßig schnell durch sie zu fahren oder zu reiten pflegt (§ 366 Nr. 2 StGB.) oder an seinem Fenster Blumentöpfe derart aufgestellt hat, daß ihr Herabstürzen jemanden beschädigen kann (§ 366 Nr. 8 StGB.). Jemand bringt die Besucher einer Waldschenke dadurch in Gefahr, daß er in deren Nähe ohne polizeiliche Erlaubnis Schlageisen legt (§ 367 Nr. 8 StGB.).

Desgleichen ist die Unterlassungsklage zur Verhütung von Verletzungen der Freiheit gegeben. So z. B. wenn ein Bewohner eines Hauses einen Widersacher, der in dem Hause zu tun hat, mit Gewalt davon abhält, das Haus zu betreten, wenn strei-

Digitized by Google

kende Arbeiter die Arbeitswilligen gewaltsam an der Arbeit hindern (§ 240 StGB.).

Ebenso zur Verhütung von Störungen unseres Behagens. Hat mir jemand durch öffentliche Gotteslästerungen (§ 166 StGB.) oder unzüchtige Handlungen (§ 183 StGB.) oder durch Tierquälerei (§ 360 Nr. 13 StGB.) ein Ärgernis bereitet oder mich durch Bedrohung mit einem Verbrechen (§ 241 StGB.) beunruhigt oder durch ungebührliche Erregung von ruhestörendem Lärm (§ 360 Nr. 11 StGB.) belästigt und muß ich für die Zukunft weitere derartige Beeinträchtigungen fürchten, so kann ich auf Unterlassung klagen.

Besonders wichtig ist die Unterlassungsklage zur Vermeidung von Schädigungen unseres Rufes. Z. B. wenn ein Schauspielunternehmer eine Person fortgesetzt in einer schimpflichen Rolle auf die Bühne bringt (§ 185 StGB.). Wenn ein Detektiv die von ihm angefertigte Photographie eines jungen Mädchens herumzeigt, um festzustellen, ob sie mit einem bestimmten Manne Ehebruch getrieben habe (§ 185 StGB.)[1]. Wenn ein Schriftsteller fortgesetzt die unrichtige Behauptung aufstellt, bei einer Preisbewerbung, bei der ihm der erwartete Preis nicht zufiel, seien die Preisrichter parteiisch gewesen (§ 186 StGB.). Wenn eine Vereinigung von Buchhändlern einen Buchhändler durch Rundschreiben unrichtigerweise als „Schleuderer“ bezeichnet hat und weitere solche Rundschreiben zu erwarten sind (§ 824 BGB.)[2]. Wenn der Herausgeber eines Medizinalkalenders einen Arzt unrichtigerweise als „Arzt für Naturheilverfahren“ aufgeführt hat und zu erwarten ist, daß er dies in der nächsten Auflage wieder tut (§ 824 BGB.)[3]. Wenn jemand fortgesetzt wider besseres Wissen herabwürdigende Behauptungen über einen Verstorbenen verbreitet und dadurch dessen Kinder in ihrer Familienehre verletzt (§ 189 StGB.).

---

1) Siehe das Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 20. November 1900 (RSpr. d. OLG. Bd. 2 S. 313).

2) Siehe das Urteil des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1902 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 56 Nr. 72).

3) Siehe das Urteil des Reichsgerichts vom 3. März 1904 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 57 Nr. 35).

Digitized by Google

In noch weiterem Umfang ist die Unterlassungsklage zum Schutz der dinglichen Rechte gegeben.

Zur Verhütung bloßer Störungen, d. h. solcher Beeinträchtigungen, die ohne Entziehung der Sache erfolgen, ist sie ausdrücklich anerkannt.

Zunächst beim Eigentum (§ 1004 BGB.). Der Eigentümer eines Grundstücks kann z. B. auf Unterlassung klagen, wenn jemand widerrechtlich das Grundstück befahren oder Bäume darauf beschädigt hat und weitere Beeinträchtigungen befürchten läßt. Desgleichen wenn ein Nachbar regelmäßig Sprengungen in der Art vornimmt, daß dabei Steine auf das Grundstück fallen, oder übelriechende Flüssigkeiten auf das Grundstück leitet oder dem Grundstück auf eine erheblich störende und nach den örtlichen Verhältnissen ungewöhnliche Art Ruß oder Flugasche zuführt oder ein anderes Grundstück derart vertieft, daß dem Boden des Grundstücks die Stütze entzogen wird, oder die Benutzung eines dem Grundstück dienenden Notweges hindert.

In gleicher Weise ist die Unterlassungsklage zur Verhütung bloßer Störungen beim Erbbaurecht (§ 1017 BGB.), bei den Grunddienstbarkeiten (§ 1027 BGB.), beim Nießbrauch (§ 1065 BGB.), bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB.), beim Pfandrecht (§ 1227 BGB.), bei der Grundschuld (§ 1192 BGB.) und bei den Reallasten (§ 1107 BGB.), beim Sachbesitz (§ 862 BGB.), beim Besitz einer Grunddienstbarkeit (§ 1029 BGB.) sowie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB.) ausdrücklich anerkannt.

Die Unterlassungsklage findet aber auch zum Schutz gegen die völlige Entziehung der Sache statt, ihre Bedeutung ist hier freilich viel geringer, und sie hat daher hier auch keine ausdrückliche Anerkennung gefunden.

Der Eigentümer kann auf Unterlassung klagen, wenn jemand ihm eine Sache entzogen hat und er fürchten muß, daß jener ihm demnächst dieselbe Sache nochmals oder auch ähnliche Sachen entziehen werde, z. B. ein Bücherliebhaber nimmt fortgesetzt Bücher aus meiner Bibliothek zu längerem Gebrauch an sich, oder ein Hundefreund pflegt meinen Hund an sich zu locken und Tage lang zu behalten.

Digitized by Google

Ebenso findet die Unterlassungsklage zur Verhinderung der völligen Entziehung auch beim Erbbaurecht, beim Nießbrauch, beim Pfandrecht und beim Sachbesitz statt. Hier hat sie namentlich dem Eigentümer gegenüber Bedeutung. Wenn der Eigentümer etwa dem Besitzer eigenmächtig die Sache weggenommen hat und der Besitzer nach ihrer Wiedererlangung die wiederholte Wegnahme befürchten muß, so gewährt ihm die Unterlassungsklage Schutz.

Die Unterlassungsklage ist endlich auch zum Schutz gegen solches Tun gegeben, das weder eine Entziehung der Sache noch eine bloße Störung des Berechtigten enthält, sondern das dingliche Recht nur durch Gefährdung verletzt.

Der Eigentümer kann wegen zahlreicher solcher Handlungen auf Unterlassung klagen. Z. B. der Eigentümer eines Waldgrundstücks ist dadurch gefährdet, daß jemand auf einem daranstoßenden Waldgrundstück fortgesetzt unvorsichtig Feuer anzündet (§ 368 Nr. 6 StGB.), der Eigentümer eines Weinbergs dadurch, daß ein Nachbar seinen von der Reblaus ergriffenen Weinberg entgegen einer obrigkeitlichen Anordnung noch zur Rebenkultur benutzt (§ 3 Reblausges.). Der Eigentümer von Vieh ist dadurch gefährdet, daß ein Nachbar, in dessen Stall die Maul- und Klauenseuche ausgebrochen ist, fortwährend die polizeilichen Absperrungsmaßregeln verletzt (§ 328 StGB.), der Eigentümer einer Wohnungseinrichtung dadurch, daß ein Schlosser zu seiner Wohnung unbefugt einen Schlüssel angefertigt hat und Wiederholung befürchten läßt (§ 369 Nr. 6 StGB.).

In gleicher Weise ist die Unterlassungsklage zur Verhütung rechtswidriger Gefährdungen bei Erbbaurecht, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, Pfandrecht, Grundschuld und Reallasten, Sachbesitz, Besitz einer Grunddienstbarkeit sowie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gegeben. Wenn jemand z. B. fortgesetzt die polizeilichen Absperrungsmaßregeln bei einer Viehseuche verletzt, so kann auch der Nießbraucher oder der bloße Besitzer des gefährdeten Viehs auf Unterlassung klagen. Wenn jemand regelmäßig auf einem ihm gehörigen Waldgrundstück an einer gefährlichen Stelle Feuer anzündet, so haben auch die Hypo-

Digitized by Google

theken- und Grundschuldgläubiger der benachbarten Waldgrundstücke die Unterlassungsklage.

Auch bei den Rechten an unkörperlichen Gütern hat die Unterlassungsklage große Bedeutung.

Hierher gehören zunächst die Rechte, die jemandem den ausschließlichen Gebrauch einer Bezeichnung sichern: das Recht an einem Namen (§ 12 BGB.), einer Firma (§ 37 HGB.) und einem Warenzeichen (§ 12 WarenbezGes.).

Zum Schutz des Namenrechts ist die Unterlassungsklage ausdrücklich im Gesetz anerkannt (§ 12 BGB.). Ebenso, freilich nicht in unzweideutiger Form[1], zum Schutz des Firmenrechts (§ 37 HGB.). Auch zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen war sie schon vor Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Reichsgewohnheitsrecht anerkannt[2]. Hier überall ist die Unterlassungsklage gegenüber jeder Art von Verletzung begründet. Der Inhaber eines Warenzeichens z. B. kann in gleicher Weise auf Unterlassung klagen, wenn jemand eine Ware mit dem Warenzeichen versehen oder eine von einem andern damit versehene Ware in Verkehr gebracht oder das Warenzeichen auch nur auf einem Geschäftsbrief oder einer Preisliste angebracht hat, vorausgesetzt daß von dem Täter weitere Beeinträchtigungen drohen.

Sodann gehören hierher die Rechte, die jemandem die ausschließliche Verkörperung eines Gedankens gewährleisten: das Urheberrecht an einem Schriftwerk, einem Tonwerk, einer wissenschaftlichen oder technischen Abbildung (§ 11 litt. UrhGes.), das Urheberrecht an einem Werk der bildenden Kunst (§§ 1, 5 Kunstschutzges.), einem Geschmacksmuster (§§ 1, 5 Musterschutzges.)

---

1) Siehe oben S. 74.

2) Siehe oben S. 68/70 und besonders das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 29. Oktober 1878 (Entsch. d. ROHG. Bd. 24 Nr. 59) sowie die Entscheidungen des Reichsgerichts vom 2. Oktober 1886 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 18 Nr. 7), vom 31. Januar 1888 (Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 19 S. 236), vom 11. Januar 1890 (Entsch. d. RGer. i ZivS. Bd. 25 Nr. 85), vom 20. Juni 1894 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 33 Nr. 29), vom 3. März 1899 (PatMustZeichBl. Bd. 5 S. 154) und vom 20. Februar 1900 in einer Sache alten Rechts (Hans.GerZtg. Bd. 21 Fall 47).

Digitized by Google

sowie einem Werk der Photographie (§§ 1, 3 PhotGes.), das Patentrecht (§ 4 PatGes.) und das Recht an einem Gebrauchsmuster (§ 4 Gebrauchsmusterges.).

Auch zum Schutz dieser Rechte war die Unterlassungsklage bereits vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch Reichsgewohnheitsrecht anerkannt[1]. Sie genießen diesen Schutz gegenüber jeder möglichen Beeinträchtigung. Der Verfasser eines Dramas z. B. kann nicht nur auf Unterlassung klagen, wenn das Drama nachgedruckt oder unbefugt aufgeführt worden ist, sondern auch wenn sein Recht in der Weise verletzt worden ist, daß jemand Mitteilungen über den Inhalt des noch unveröffentlichten Werkes gemacht oder rechtmäßig hergestellte Exemplare vor erlangter Erlaubnis verbreitet hat, vorausgesetzt daß Fortsetzung oder Wiederholung droht.

Ferner kommen in Betracht die Rechte, die jemandem die ausschließliche Verfügung über ein Geheimnis sichern: das Recht eines jeden, daß der Beamte, der dienstlich ein ihn berührendes Geheimnis kennen gelernt hat, und der Rechtsanwalt, der Notar, der Verteidiger, der Arzt, der Apotheker und die Hebamme, denen er ein solches in ihrem Berufe anvertraut hat, es nicht unbefugt offenbaren (§ 11 Reichsbeamtenges., § 300 StGB.); das Recht des Gewerbtreibenden, daß niemand, der eines seiner Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse durch Verrat eines Angestellten oder durch eine rechtswidrige oder unsittliche eigene Handlung kennen gelernt hat, es zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt verwertet oder an andere mitteilt (§ 9 WettbewGes..); das Recht dessen, der das Verfügungsrecht über einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde hat, daß niemand unbefugt den Verschluß öffnet (§ 299 StGB.).

Hier ist überall die Klage auf Unterlassung gegeben. Hat also z. B. ein Arzt über das Leiden eines von ihm behandelten

1) Siehe oben S. 69/70 und besonders die Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 23. Mai 1887 (Rhein. Arch. Bd. 71 Tl. 3 S. 101), vom 13. Oktober 1889 (Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 264) und vom 19. Oktober 1889 (Bolzes Prax. Bd. 8 Nr. 148), des Kammergerichts vom 25. Mai 1892 (Seufferts Arch. Bd. 53 Nr. 195), des Reichsgerichts vom 5. Juli 1893 (Jur. Wochenschr. 1893 S. 429), des Oberlandesgerichts Dresden vom 15. Mai 1896 (Sächs. Arch. Bd. 7 S. 618), des Reichsgerichts vom 3. Dezember 1897 (Bad. Ann. Bd. 64 S. 19, 35) und vom 25. Oktober 1899 (Jur. Wochenschr. 1899 S. 774).

Digitized by Google

Kranken geplaudert und muß dieser Wiederholung fürchten, so kann er auf Unterlassung klagen.

Endlich kommen noch die Rechte in Betracht, die jemandem eine Beziehung zu irgendwelchen Menschen jedermann gegenüber sichern: das Recht des Vaters und der Mutter, daß ihnen das Kind nicht entzogen wird, sie auch nicht am persönlichen Verkehr mit ihm gehindert werden (§§ 1632, 1684, 1636 BGB.); das Recht des Vormundes, daß ihm der Mündel nicht entzogen wird (§ 1800 BGB.); das Recht des Gläubigers, daß gewisse Eingriffe in sein Verhältnis zum Schuldner unterbleiben (§ 3 Anfechtungsges., § 31 KO., §§ 844, 845 BGB); das Recht des Gewerbtreibenden, daß seine Absatzbeziehungen nicht durch unlauteren Wettbewerb gestört werden (§§ 1, 6, 7, 8 WettbewGes., § 40 PatGes., §§ 15, 16 WarenbezGes.).

Zum Schutz des Rechtes des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen hat die Unterlassungsklage gegenüber gewissen Eingriffen ausdrückliche Anerkennung im Gesetz gefunden, gegenüber allen anderen war sie schon vor Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Reichsgewohnheitsrecht anerkannt[1].

Nach § 6 WettbewG. hat der Gewerbtreibende die Unterlassungsklage, wenn jemand fortgesetzt zu Zwecken des Wettbewerbs über ihn selbst, sein Geschäft, dessen Leiter oder die darin angebotenen Waren oder Leistungen unerweisliche Behauptungen aufstellt, die den Betrieb des Geschäfts zu schädigen geeignet sind. Ebenso hat er die Klage aber auch in dem Falle, daß jemand unwahre Behauptungen dieser Art wider besseres Wissen, wenngleich nicht zu Zwecken des Wettbewerbs, aufstellt (§ 7 WettbewGes.).

Nach § 8 WettbewGes. hat der Gewerbtreibende die Unterlassungsklage, wenn jemand im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Unternehmens fortgesetzt in einer Weise benutzt, die zur Herbeiführung von Verwechslungen mit seinem Unternehmen bestimmt und geeignet ist.

1) Siehe oben S. 67/68, 69/70 und besonders die Urteile des Reichsgerichts vom 26. September 1894 (PatMustZeichBl. Bd. 1 S. 94), vom 6. November 1896 (Jur. Wochenschr. 1896 S. 709), vom 24. Februar 1897 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 38 Nr. 43), vom 28. Juni 1898 (Jur.Wochenschr. 1898 S. 515) und vom 9. Dezember 1899 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 45 Nr. 13).

Digitized by Google

Ebenso steht ihm aber die Klage auch dann zur Verfügung, wenn jemand zum Zweck der Täuschung seine Ausstattung nachahmt (§ 15 WarenbezGes.).

Nach § 1 WettbewGes. kann der Gewerbtreibende auf Unterlassung klagen, wenn ein Konkurrent fortgesetzt in öffentlichen Mitteilungen unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse macht, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen geeignet sind. In gleicher Weise kann er aber auch auf Unterlassung klagen, wenn der Konkurrent an irgendwelchen Gegenständen Bezeichnungen anbringt oder über sie öffentliche Mitteilungen macht, die den Irrtum erregen können, daß die Gegenstände durch ein Patent geschützt seien (§ 40 PatGes.), oder wenn er Waren, um über deren Beschaffenheit und Wert einen Irrtum zu erregen, fälschlich mit einem Staatswappen oder dem Namen oder Wappen eines Ortes versieht (§ 16 WarenbezGes.).

Ganz ebenso wie zum Schutz des Rechtes des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen findet die Unterlassungsklage aber auch zum Schutz der anderen Rechte statt, die jemandem eine Beziehung zu irgendwelchen Menschen allen anderen gegenüber gewährleisten. Angenommen z. B., eine Ehe ist geschieden, dem Vater steht die Sorge für die Person des Kindes zu, der Mutter nur das Recht, es alle vierzehn Tage zu besuchen (§§ 1635, 1636 BGB.): wenn hier die Mutter das Kind dauernd zurückhält oder es vorübergehend entführt hat und die erneute Entführung befürchten läßt, so hat der Vater die Unterlassungsklage, andererseits kann die Mutter auf Unterlassung klagen, wenn der Vater sie fortgesetzt hindert, das Kind zu besuchen[1]. Oder angenommen, ein Schuldner sucht seine Gläubiger zu benachteiligen, indem er fortgesetzt Vermögensstücke veräußert, ein Althändler hat mit Kenntnis dieser Absicht Sachen des Schuldners erworben (§ 3 Anfechtungsges.), und es ist zu erwarten, daß er sich von ihm auch noch weitere Sachen übereignen läßt: alsdann kann jeder Gläubiger, der eine fällige vollstreckbare Forderung hat, gegen den Althändler auf Unterlassung klagen.

---

1) Über einen solchen Fall entschied am 15. März 1883 der belgische Kassationshof (Sirey Recueil 1883 Tl. 4 S. 23).

Digitized by Google

Nicht selten dient die Unterlassungsklage auch zum Schutz der Rechte an ganzen Güterkreisen, insbesondere des wichtigsten dieser Rechte, des allgemeinen Ausschließungsrechts.

Daher kann man namentlich gegenüber jeder vorsätzlichen den guten Sitten zuwiderlaufenden Schädigung (§ 826 BGB.) auf Unterlassung klagen. Z. B. eine überseeische Transportgesellschaft hat, um eine Speditionsfirma wegen ihrer Verbindung mit einer gegnerischen Transportgesellschaft zu schädigen, Kunden der Speditionsfirma damit bedroht, daß sie ihnen, wenn sie sich weiter dieser Vermittlung bedienten, höhere als die tarifmäßigen Frachtsätze berechnen werde[1]: hier kann die Speditionsfirma, wenn sie weiteres ähnliches Vorgehen zu befürchten hat, auf Unterlassung klagen. Ein Arbeitgeberverband hat ohne genügenden Grund einen Arbeiter für längere Zeit von der Arbeit ausgeschlossen und hierdurch brotlos gemacht: gegenüber der drohenden Wiederholung einer solchen Maßregel hat der Arbeiter die Unterlassungsklage. Ein Kapitalist schneidet, um ein von ihm beliehenes Grundstück in der Zwangsvollstreckung billig zu erwerben, durch alle möglichen Machenschaften dem Eigentümer die Einnahmen ab und bewirkt gleichzeitig, daß Forderungen gegen jenen rücksichtslos geltend gemacht werden[2]: auch hier steht dem Bedrohten gegenüber der Fortsetzung der Machenschaften die Unterlassungsklage zur Seite.

In weitem Umfang findet die Unterlassungsklage endlich zum Schutz der Forderungsrechte statt.

So z. B. beim Kauf (§ 433 BGB.). Wenn ein Kaufmann beim Kauf eines Geschäftes ausgemacht hat, daß der Verkäufer nicht in demselben Stadtteil gleichfalls wieder ein solches Geschäft betreibt, oder beim Kauf von Fabrikerzeugnissen, daß der Verkäufer diese nicht auch an andere Kaufleute desselben Ortes liefert, so kann er, wenn eine Zuwiderhandlung stattgefunden hat und ungeachtet einer Abmahnung deren Fortsetzung oder Wiederholung droht,

1) Über einen ähnlichen Fall, in welchem aber die Bedrohung der Kunden vorläufig nur der Speditionsfirma angekündigt worden war, entschied das Reichsgericht am 11. April 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29).

2) Über einen solchen Fall entschied das Reichsgericht am 1. Juni 1904 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 58 Nr. 56).

Digitized by Google

gegen den Verkäufer auf Unterlassung klagen. Hat sich ein Gutsbesitzer beim Verkauf eines Waldes ausbedungen, daß dieser bei seinen Lebzeiten nicht gefällt werden darf, oder ein Gastwirt beim Verkauf eines seiner Wirtschaft benachbarten Hauses, daß darin während der nächsten zehn Jahre keine Wirtschaft betrieben werden darf, so hat er in gleicher Weise gegenüber dem Käufer die Unterlassungsklage.

Bei der Miete und Pacht hat die Klage auf Unterlassung ausdrückliche Anerkennung in dem Falle gefunden, daß der Mieter oder Pächter einen vertragswidrigen Gebrauch macht und ihn ungeachtet einer Abmahnung fortsetzt (§§ 550, 581 BGB.). Z. B. der Mieter einer Wohnung hält entgegen dem Mietvertrage einen Hund, der Pächter eines Theaters bringt vertragswidrig Operetten zur Aufführung.

Die Klage findet jedoch auch bei anderem rechtswidrigem Tun des Mieters oder Pächters Anwendung, z. B. wenn der Vermieter oder Verpächter eines Grundstücks sich ausbedungen hat, es von Zeit zu Zeit zu besichtigen, der Mieter oder Pächter ihn aber hartnäckig daran hindert. Und ebenso ist sie auch dann gegeben, wenn der Vermieter oder Verpächter fortgesetzt seine Pflichten verletzt, wenn etwa der Vermieter eines Hauses den Mieter hindert, die zum Hause gehörige Waschküche zu benutzen, oder der Verpächter einer Schlittschuhbahn darauf Eis hacken läßt.

Auch beim Dienstverhältnis (§ 611 BGB.) kommt die Unterlassungsklage in Betracht. Der Dienstherr kann mit dem Bediensteten gewisse Beschränkungen seiner Erwerbstätigkeit vereinbaren, für die Dauer des Dienstverhältnisses wie für die Folge. So kann man mit einem Hauslehrer ausmachen, daß er während der Dauer des Dienstverhältnisses keine Stunden in anderen Häusern geben, oder mit einem Gewerbegehilfen, daß er nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine bestimmte Zeit lang in derselben Stadt weder ein Konkurrenzgeschäft errichten noch in ein solches eintreten darf. Bei dem Handlungsgehilfen besteht eine solche Beschränkung auch ohne besondere Vereinbarung: er darf ohne Einwilligung des Prinzipals während der Dauer des Dienstverhältnisses kein Handelsgewerbe betreiben, in dem Handelszweige des Prinzipals nicht einmal einzelne Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen (§ 60

Digitized by Google

HGB.). Der Dienstherr kann mit dem Bediensteten ferner ausmachen, daß er ein ihm im Dienstverhältnis bekannt gewordenes Geheimnis während der Dauer oder auch nach Ablauf des Dienstverhältnisses nicht offenbart. Der in einem Gewerbebetrieb Angestellte ist auch ohne solche Vereinbarung verpflichtet, ein ihm vermöge des Dienstverhältnisses zugänglich gewordenes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis während der Dauer des Dienstverhältnisses niemandem zu Zwecken des Wettbewerbs oder zum Zweck der Schädigung des Dienstherrn mitzuteilen (§ 9 WettbewGes.). Überall nun, wo der Bedienstete einer solchen Verpflichtung zuwidergehandelt hat und ihr ungeachtet einer Abmahnung voraussichtlich von neuem zuwiderhandeln wird, schützt den Dienstherrn die Klage auf Unterlassung.

Ebenso ist bei der Werkverdingung (§ 631 BGB.) für die Unterlassungsklage Raum. Hat z. B. ein Schauspieler dem Theaterunternehmer versprochen, an keiner anderen Bühne aufzutreten, oder ein Impresario einer Sängerin zugesichert, nur für sie tätig zu sein, so kann der andere Teil bei einem trotz aller Abmahnungen fortgesetzten Zuwiderhandeln auf Unterlassung klagen. Ebenso wie der Übernehmer der Arbeitsleistung hat aber unter Umständen auch deren Besteller die Unterlassungsklage: hat etwa eine Auskunftsanstalt mit einem Kunden vereinbart, daß er die erhaltenen Auskünfte geheim hält[1], so kann sie sich gegen ein hartnäckig fortgesetztes Zuwiderhandeln schützen, indem sie auf Unterlassung klagt.

Eine große Rolle spielt die Klage auf Unterlassung bei der Gesellschaft. Kein Gesellschafter darf ein Geschäft für die Gesellschaft gegen den Widerspruch eines zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafters vornehmen (§ 711 BGB.), und kein Gesellschafter darf einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter hindern, wenigstens die Geschäftsräume zu betreten und die Geschäftsbücher und -papiere einzusehen (§ 716 BGB.). Wenn ein Gesellschafter trotz einer Abmahnung fortgesetzt hiergegen verstößt, so haben die beeinträchtigten Gesellschafter gegen ihn die Klage auf Unterlassung. Bei Erwerbsgesellschaften ist vielfach aus-

1) Über einen solchen Fall entschied das Oberlandesgericht Jena am 12. November 1900 (RSpr. d. OLG. Bd. 2 S. 2)

Digitized by Google

gemacht, daß sich kein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen an einem gleichartigen Unternehmen beteiligen darf, bei der offenen Handelsgesellschaft besteht diese Beschränkung sogar ohne besondere Vereinbarung (§ 112 HGB.). Handelt ein Gesellschafter hartnäckig dieser Verpflichtung zuwider, so genießen die anderen den Schutz der Unterlassungsklage. Nicht selten schließen selbständige Gewerbetreibende einen Gesellschaftsvertrag, in dem sie sich im gemeinsamen Interesse gewisse Beschränkungen ihres Gewerbebetriebes auferlegen, z. B. daß keiner der Beteiligten mehr als eine gewisse Menge von Waren erzeugen oder seine Erzeugnisse unter einem gewissen Preise verkaufen oder sein Geschäft an Sonn- und Feiertagen offen lassen darf. Auch hier haben gegenüber andauerndem Zuwiderhandeln eines Gesellschafters die anderen die Unterlassungsklage.

Auch bei der Gemeinschaft ist die Unterlassungsklage von Bedeutung, bei der gleichartigen wie bei der Pfandrechts- und Nießbrauchsgemeinschaft[1]. Bei der Nießbrauchsgemeinschaft ist es ausdrücklich anerkannt, daß der Hauptberechtigte auf Unterlassung klagen kann, wenn der Nießbraucher von dem Gegenstande des Nießbrauches einen unbefugten Gebrauch macht und ihn ungeachtet einer Abmahnung des Hauptberechtigten fortsetzt (§§ 1053, 1068 BGB.), wenn z. B. der Nießbraucher eines Gutes einen zum Gut gehörigen Wald nach und nach fällen läßt.

In der gleichen Weise findet die Klage aber auch bei der Pfandrechtsgemeinschaft (§§ 1204, 1273 BGB.) statt. So wenn der Pfandgläubiger von dem verpfändeten Gegenstand einen unbefugten Gebrauch macht, z. B. das verpfändete Pferd vermietet, und ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders nicht davon abläßt. Ebenso bei der gleichartigen Gemeinschaft (§ 743 BGB.). Hier ist die Klage nicht nur gegeben, wenn ein Teilhaber hartnäckig einen Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes fortsetzt, der den Mitgebrauch der anderen beeinträchtigt, wenn z. B. der eine Miteigentümer eines zwischen zwei Häusern liegenden gemeinschaftlichen Hofraums ihn als Lagerplatz für Baustoffe verwendet, sondern auch, wenn ein Teilhaber einen anderen hartnäckig

1) Siehe oben S. 77/78.

Digitized by Google

an einem angemessenen Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes hindert, wenn etwa der eine Miteigentümer des Hofraums nicht duldet, daß der andere ihn als Einfahrt benutzt.

Die Klage auf Unterlassung kommt auch bei der Ehe in Betracht. So wenn der Mann beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung und bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft mit Bezug auf das eingebrachte Gut der Frau fortgesetzt Maßregeln trifft, die er nicht treffen darf, z. B. mit dem vorhandenen Gelde an der Börse spekuliert (§§ 1374, 1377, 1439, 1525, 1550 BGB.). Oder wenn er bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft fortgesetzt ohne die erforderliche Zustimmung der Frau über Gesamtgut verfügt, z. B. Schenkungen aus dem Gesamtgut macht (§§ 1446, 1456, 1519, 1549 BGB.). In solchen Fällen kann die Frau nach fruchtloser Abmahnung auf Unterlassung klagen.

Zum Schutz der verschiedensten Forderungsrechte findet die Unterlassungsklage statt, wenn der Verpflichtete ungeachtet einer Abmahnung des Berechtigten immer wieder Handlungen vornimmt, durch die er sich die Leistung zum Teil unmöglich macht (§ 280 BGB.). Veräußert z. B. der Verkäufer einer Bibliothek fortgesetzt Bücher daraus an Dritte, so kann der Käufer sich sichern, indem er auf Unterlassung klagt.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Die Voraussetzungen der Unterlassungsklage.

1.

Unter was für Voraussetzungen kann auf Unterlassung geklagt werden?

Die Unterlassungsklage setzt erstens voraus, daß der Kläger ein Privatrecht hat, kraft dessen er vom Beklagten ein Unterlassen verlangen kann. Das Recht des Klägers muß dem Beklagten gegenüber irgendwelche Ansprüche auf ein Unterlassen enthalten.

Was bedeutet diese erste Voraussetzung der Unterlassungsklage?

Zunächst: es muß eine Rechtsvorschrift vorliegen, die ein gewisses Verhalten gebietet. Daher kann ich z. B. keine Unterlassungsklage darauf stützen, daß man eine von mir ohne mein Wissen aufgenommene Photographie nicht ausstellen oder Briefe von mir nicht drucken lassen dürfe. Denn es gibt keine Rechtsvorschrift, die diese Handlungen verböte: eine solche ist weder irgendwo ausgesprochen noch auch durch Schlußfolgerung, insbesondere durch Analogie[1], zu gewinnen.

Sodann: die Rechtsvorschrift muß um des Klägers willen etwas gebieten. Daher kann z. B. der Käufer eines Hauses, dem es noch nicht übereignet oder übergeben worden ist, keine Unterlassungsklage darauf gründen, daß nach § 909 BGB. der Nachbar eine das Haus beschädigende Vertiefung seines Grundstücks zu unterlassen habe. Denn § 909 verbietet die Vertiefung nur zugunsten dessen, dem das Eigentum oder ein sonstiges dingliches

1) Siehe darüber oben S. 90/96.

Digitized by Google

Recht an dem der Beschädigung ausgesetzten Grundstück zusteht, nicht aber auch zugunsten desjenigen, der auf Grund eines Kaufvertrages nur ein Forderungsrecht auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks hat.

Ferner: die Rechtsvorschrift muß dem Beklagten etwas gebieten. Daher kann z. B. der Eigentümer eines Gutes eine Unterlassungsklage gegen den Miteigentümer oder Nießbraucher nicht darauf gründen, daß niemand den Eigentümer im Genuß der Sache stören dürfe: § 903 BGB. Denn § 903 verbietet zugunsten des Eigentümers nur dem Nichteigentümer die Störung, nicht aber demjenigen, der am Eigentum als Miteigentümer oder Nießbraucher beteiligt ist[1]. Diesem gegenüber kann eine Unterlassungsklage nur auf die Bestimmungen über das zwischen den Beteiligten bestehende Schuldverhältnis (§§ 743, 1036 BGB.) gegründet werden[2].

Endlich: die Rechtsvorschrift muß ein Unterlassen gebieten. Daher kann z. B. der Eigentümer eines Gutes sich nicht zur Begründung einer Unterlassungsklage darauf berufen, daß der Hund eines andern nicht seinen Garten aufwühlen (§ 833 BGB.) oder daß der Pächter die gepachteten Wohngebäude nicht verfallen lassen dürfe (§ 582 BGB.). Denn das Gebot der dem § 833 zugrunde liegenden primären Vorschrift geht dahin, daß, wer ein Tier hält, Sachbeschädigungen durch das Tier zu verhüten, das Gebot des § 582 dahin, daß der Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wohn- und Wirtschaftsgebäude zu bewirken hat. In beiden Fällen gebietet also die Rechtsvorschrift um des Klägers willen nicht ein Unterlassen, sondern ein Tun.

Das der Unterlassungsklage zugrunde liegende Privatrecht kann von sehr verschiedener Art sein.

1) Darüber, daß der Nießbrauch eine Form der Rechtsgemeinschaft, nämlich eine ungleichartige Rechtsgemeinschaft, ist, siehe oben S. 77/78.

2) Daß der Eigentümer gegen den Nießbraucher nur aus §§ 1036, 1053 BGB. auf Unterlassung klagen kann und nicht etwa auch, ohne vorherige Abmahnung, aus §§ 903, 1004 BGB., ist die allgemeine Meinung. So, freilich ohne zutreffende Begründung, Planck BGB. Bd. 3 (3) Note zu § 1053, Dernburg Bgl. R. Bd. 3 (3) § 188 Nr. 8, Crome Bgl. R. Bd. 3 S. 521.

Digitized by Google

Die Ansprüche auf ein Unterlassen können in ihm Hauptbestandteil oder bloßer Nebenbestandteil sein[1].

In manchen Rechten stehen die Ansprüche auf ein Unterlassen im Vordergrunde, so namentlich in allen Ausschließungsrechten. Z. B. geht das Recht des Eigentümers in erster Linie darauf, daß ihn niemand hindert, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, daß niemand ohne seine Einwilligung auf die Sache einwirkt (§ 903 BGB.) und daß niemand die Sache durch gewisse unerlaubte Handlungen gefährdet. Hierzu kommt erst in zweiter Linie, daß, wer die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat, sie ihm herausgeben (§ 985 BGB.), daß, wer ihn in anderer Weise im Genuß der Sache beeinträchtigt, die Beeinträchtigung beseitigen (§ 1004 BGB.), endlich, daß der Besitzer eines Grundstücks, auf das die Sache gelangt ist, ihm die Erlaubnis zu deren Aufsuchung und Wegschaffung erteilen muß (§ 1005 BGB.).

In anderen Rechten haben umgekehrt die Ansprüche auf ein Tun die größere Bedeutung, dies ist bei den meisten Forderungsrechten der Fall. So richtet sich das Recht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks namentlich darauf, daß der Pächter den Pachtzins bezahlt (§§ 551, 581 BGB.), die gewöhnlichen Ausbesserungen auf seine Kosten bewirkt (§ 582 BGB.), das Hervortreten von Mängeln, die Notwendigkeit von Schutzmaßregeln und die Rechtsanmaßungen Dritter anzeigt (§§ 541, 581 BGB.) und schließlich das Grundstück in ordnungsmäßigem Zustand zurückgibt (§ 591 BGB.). Nur nebensächlich tritt hinzu, daß der Pächter keine über die Pachtzeit hinaus wirkende Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen (§ 583 BGB.), überhaupt keinen vertragswidrigen Gebrauch von ihm machen (§§ 550, 581 BGB.), auch nicht seinen Gebrauch eigenmächtig einem andern überlassen darf (§§ 549, 581 BGB.).

Die Unterlassungsklage ist sowohl zum Schutz der Rechte gegeben, in denen Ansprüche auf ein Unterlassen den Hauptbestandteil, wie auch derer, in denen sie nur einen Nebenbestandteil bilden. In den ersten schützt sie die wichtigste, in den zweiten eine minder wichtige Seite.

---

1) Siehe oben S. 135/137.

Digitized by Google

Die **Ansprüche auf ein Unterlassen**, die dem der Unterlassungsklage zugrunde liegenden Privatrecht angehören müssen, können ferner auf ein **reines Unterlassen** oder auch auf ein **Dulden** gerichtet sein[1].

Auf ein reines Unterlassen richtet sich z. B. der Anspruch eines jeden, daß man ihm nicht durch öffentliche Gotteslästerung ein Ärgernis gibt (§ 166 StGB.), der des Besitzers einer Sache, daß ihn niemand in der tatsächlichen Gewalt stört (§ 862 BGB.), der des Inhabers einer Firma, daß niemand sie unbefugt gebraucht (§ 37 HGB.), der Anspruch des Vaters, daß man ihm das Kind nicht vorenthält (§ 1632 BGB.), der des Pächters, daß der Verpächter keinen vertragswidrigen Gebrauch macht (§ 581 BGB.), der des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, daß sich die anderen Gesellschafter nicht ohne seine Einwilligung an einem gleichartigen Unternehmen beteiligen (§ 112 HGB.).

Auf ein Dulden geht etwa der Anspruch des Eigentümers, daß ihn niemand hindert, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB.), sowie der des Inhabers einer Grunddienstbarkeit, daß ihn niemand von einer bestimmten Benutzung des Grundstücks abhält (§ 1018 BGB.), der Anspruch des geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, daß der andere Ehegatte ihn mit dem Kinde persönlich verkehren läßt (§ 1636 BGB.), der Anspruch des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters, daß ihn die geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsräume betreten lassen (§ 716 BGB.).

Die Unterlassungsklage ist nicht nur zum Schutz der Rechte gegeben, die Ansprüche auf ein reines Unterlassen, sondern ebenso auch derjenigen, die Ansprüche auf ein Dulden enthalten. Bei den ersten schützt sie den Berechtigten dagegen, daß das Bestehende verändert wird, bei den zweiten dagegen, daß er selbst verhindert wird, es zu verändern.

Die **Ansprüche auf ein Unterlassen**, die dem der Unterlassungsklage zugrunde liegenden Privatrecht angehören müssen, können endlich **unmittelbar** oder **mittelbar anerkannt** sein[2].

---

1) Siehe oben S. 133/135.
2) Siehe oben S. 109/121.

Digitized by Google

Vielfach sind sie unmittelbar anerkannt. So z. B. der Anspruch des Eigentümers, daß niemand ohne besondere Befugnis auf die Sache einwirkt (§ 903 BGB.), der Anspruch des Patentinhabers, daß niemand den Gegenstand der Erfindung unbefugt herstellt (§ 4 PatGes.), der Anspruch des Kaufmanns, daß der Handlungsgehilfe nicht ohne seine Erlaubnis ein Handelsgewerbe betreibt (§ 60 HGB.).

Oft sind die Ansprüche auf ein Unterlassen aber auch nur mittelbar anerkannt. So in der Art, daß ein Satz des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge, namentlich einen Schadenersatzanspruch, knüpft. Hierher gehört der Anspruch eines jeden, daß ihn niemand am Körper verletzt (§ 823 BGB.) oder durch unwahre Behauptungen in seinem Rufe schädigt (§ 824 BGB.), der des Gewerbtreibenden, daß niemand zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr seine Ausstattung nachahmt (§ 15 WarenbezGes.), der des Gläubigers, daß der Schuldner sich nicht die Leistung vorsätzlich unmöglich macht (§ 280 BGB.). Oder die mittelbare Anerkennung ist in der Art gegeben, daß eine Vorschrift des öffentlichen Rechts etwas um eines Einzelnen willen verbietet, daß namentlich ein Strafgesetz etwas um seinetwillen unter Strafe stellt. Von dieser Art sind z. B. der Anspruch eines jeden, daß man ihn nicht durch Verletzung der zur Abwehr einer Seuche getroffenen polizeilichen Absperrungsmaßregeln gefährdet (§ 327 StGB.) oder durch ungebührlichen Lärm in seiner Ruhe stört (§ 360 Nr. 11 StGB.), der Anspruch des Eigentümers eines Weinberges, daß der Nachbar seinen von der Reblaus ergriffenen Weinberg nicht entgegen obrigkeitlicher Anordnung weiter zur Rebenkultur benutzt (§ 3 Reblausges.), der Anspruch des Gewerbtreibenden, daß niemand wider besseres Wissen unwahre Behauptungen über seine Waren aufstellt, die seinen Geschäftsbetrieb zu schädigen geeignet sind (§ 7 WettbewGes.).

Die Unterlassungsklage ist sowohl zum Schutz der Rechte gegeben, die unmittelbar, wie auch derer, die nur mittelbar anerkannte Ansprüche auf ein Unterlassen enthalten. In den ersten schützt sie einen ausgesprochenen, in den zweiten einen notwendig zu erschließenden Bestandteil.

Digitized by Google

Damit der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung verlangen kann, muß das die erste Voraussetzung der Unterlassungsklage bildende Recht noch zur Zeit des Urteils bestehen[1].

Eine Klage kann zweierlei Tatsachen zur Voraussetzung haben: solche, die zur Zeit des Urteils vorliegen müssen, und solche, die zu dieser Zeit bereits der Vergangenheit angehören dürfen.

Bei der Unterlassungsklage muß das zugrunde liegende Recht noch zur Zeit des Urteils gegeben sein. Die Unterlassungsklage soll eine künftige Rechtsverletzung verhüten, nach dem Untergang eines Rechts ist seine Verletzung nicht mehr möglich, und eine Verurteilung, sie zu unterlassen, hätte keinen Sinn mehr.

Der Kläger kann auch dann keine Verurteilung zur Unterlassung mehr fordern, wenn sein Recht erst während des Rechtsstreites untergegangen ist.

Ist also z. B. das Eigentum des Klägers vor Erhebung der Klage oder auch nachher durch Preisgabe der Sache (§ 959 BGB.), sein Patentrecht durch Verzicht (§ 9 PatGes.), sein Recht als Vermieter durch Zeitablauf (§ 564 BGB.) erloschen, so kann keine Verurteilung zur Unterlassung mehr erfolgen.

2.

Zweitens setzt die Unterlassungsklage voraus, daß der Beklagte das Recht des Klägers verletzt hat, und, wenn dieses Recht ein Forderungsrecht ist, außerdem, daß er es ungeachtet einer Abmahnung des Klägers später nochmals verletzt hat.

In allen Fällen hat die Unterlassungsklage eine Rechtsverletzung des Beklagten zur Voraussetzung[2].

---

1) So für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Kohler Handb. d. PatR. S. 549, Isay PatGes. Note 152 zu § 4, Seligsohn PatGes. (2) S. 105, Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 94 und das Urteil des Reichsgerichts vom 19. März 1898 (Jur. Wochenschr. 1898 S. 297).

2) Ebenso die Urteile des Reichsgerichts vom 11. April 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29), vom 11. Juni 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 49), vom 10. Juli 1902 (Sächs. Arch. Bd. 13 S. 72), vom 11. No-

Digitized by Google

Hellwig[1] ist freilich der Meinung, daß die Unterlassungsklage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung stattfinde. Dies beruht darauf, daß er die Unterlassungsklage aus § 259 ZPO. ableitet, nach welchem auf künftige Leistung geklagt werden kann, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde". Er meint, Leistung im Sinne des § 259 sei auch die Erfüllung einer Unterlassungspflicht, mithin könne auf Grund des § 259 auf Unterlassung geklagt werden, gleichviel ob bereits eine Rechtsverletzung vorliege oder nicht, wofern nur die Besorgnis begründet sei, daß der zur Unterlassung Verpflichtete künftig seiner Verpflichtung zuwiderhandeln werde.

Aber § 259 hat nur den Sinn, daß die anderweitig gewährten, zur Ausgleichung einer Verletzung bestimmten Klagrechte unter Umständen bereits im Voraus begründet sein sollen, damit alsbald nach Eintritt der Verletzung die Zwangsvollstreckung beginnen kann. Die Unterlassungsklage als ein selbständiges, zur Verhütung einer Verletzung bestimmtes Klagrecht kann aus § 259 nicht hergeleitet werden, und die Meinung, daß die Unterlassungsklage keine Rechtsverletzung voraussetze, läßt sich also auf diese Art nicht begründen[2].

Mannhardt[3] vertritt gleichfalls die Meinung, daß ohne vorausgegangene Rechtsverletzung auf Unterlassung geklagt werden könne. Er stützt sich auf den Satz, die Klagbarkeit eines Rechts liege in seinem Begriff und brauche deshalb nicht besonders aus-

---

vember 1902 (Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 11), vom 5 Januar 1905 (D. JurZtg. Bd. 10 S. 314), die Urteile der Oberlandesgerichte Dresden vom 19. Oktober 1900 (RSpr. d. OLG. Bd. 2 S. 482), Celle vom 5. Mai 1902 (RSpr. d. OLG. Bd. 5 S. 239), Kolmar vom 10. Oktober 1902 (RSpr. d. OLG. Bd. 5 S. 386), Hamburg vom 7. Februar 1903 (Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 497), ferner Stein Vorauss. d. RSchutzanspr. S. 121/124, Endemann Bgl. R. Bd. 1 (8) S. 1265, Fuld in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 373, Örtmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 616/623.

1) Hellwig Anspr. u. Klagr. S. 388/398. Ihm haben sich Allfeld Litt. UrhGes. S. 217, RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 93, 334, Seuffert ZPO. (9) Note 2 zu § 259 und Wendt im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 85/86 angeschlossen.

2) Näheres oben S. 85/90.

3) Mannhardt in der D. JurZtg. Bd. 8 S. 416/417. Auch Kohler in Goltdammers Arch. Bd. 47 S. 154 dürfte so zu verstehen sein.

Digitized by Google

gesprochen zu sein. Er meint, daß danach auch zum Schutz der Rechte auf ein Unterlassen die Unterlassungsklage gegeben sein müsse, ohne Rücksicht darauf, ob bereits eine Rechtsverletzung vorliege oder nicht.

Indessen der Satz von der grundsätzlichen Klagbarkeit der Rechte bedeutet nur, daß auf eine fällige Leistung auch ohne besondere Vorschrift geklagt werden kann. Die Unterlassungsklage als Klage auf eine noch nicht fällige Leistung läßt sich aus ihm nicht herleiten, und damit fällt auch die andere mögliche Grundlage der Meinung, daß die Unterlassungsklage keine Rechtsverletzung voraussetze[1].

Eine allgemeine Unterlassungsklage können wir nur deshalb annehmen, weil in den Vorschriften unserer Rechtsordnung über einzelne Unterlassungsklagen ein allgemeiner, in seinem ganzen Umfang anzuwendender Grundsatz zur Erscheinung kommt[2]. Diese Vorschriften machen sämtlich die in ihnen gewährte Unterlassungsklage von einer vorausgegangenen Rechtsverletzung des Beklagten abhängig. Wir müssen deshalb der Ansicht sein, daß auch die allgemeine Unterlassungsklage durch eine vorausgegangene Rechtsverletzung bedingt ist.

Man kann fragen, welchen Sinn es hat, daß unser Recht die Unterlassungsklage von dem Vorliegen einer Rechtsverletzung abhängig macht. An und für sich wäre sie auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung denkbar. Sie hat nicht den Zweck, eine Rechtsverletzung auszugleichen, sondern einer solchen vorzubeugen. Infolgedessen könnte sie recht wohl lediglich dadurch bedingt sein, daß ein Recht vorhanden ist und ihm die Gefahr der Verletzung droht.

Wenn unser Recht trotzdem die Unterlassungsklage von dem Vorliegen einer Rechtsverletzung abhängig macht, so hat dies den Sinn, daß ein solches Mittel des Rechtsschutzes nur gegeben sein soll, wo dies ohne zu große Härte möglich ist. Das ist der Fall, sobald die Gefahr der künftigen Verletzung in einer bereits erfolgten Verletzung zum sichtbaren Ausdruck gekommen ist. Die

1) Näheres oben S 80/85.
2) Näheres oben S. 90/103.

Digitized by Google

erfolgte Verletzung ist Voraussetzung der Unterlassungsklage nur als Erscheinungsform der Verletzungsgefahr.

Ist das Recht des Klägers ein Forderungsrecht, so setzt die Unterlassungsklage aber noch etwas anderes voraus: der ersten Rechtsverletzung muß ungeachtet einer Abmahnung des Klägers eine zweite gefolgt sein.

Überall, wo unser Recht zum Schutz eines Forderungsrechts eine Unterlassungsklage gewährt, macht es sie davon abhängig, daß ungeachtet einer Abmahnung des Berechtigten eine weitere Rechtsverletzung erfolgt ist. Freilich spricht es nur ganz selten bei Forderungsrechten aus, daß eine Unterlassungsklage gegeben ist, nämlich nur bei dem Anspruch des Vermieters gegenüber dem Mieter (§ 550 BGB.), des Verpächters gegenüber dem Pächter (§ 581 BGB.) und des Hauptberechtigten beim Nießbrauch gegenüber dem Nießbraucher (§§ 1053, 1068 BGB.) auf Unterlassung unbefugten Gebrauches. Es würde bedenklich sein, das für so wenige Forderungsrechte Bestimmte auf alle Forderungsrechte auszudehnen, wenn wir nicht den Gedanken erkennen könnten, der diesen Bestimmungen zugrunde liegt und dessen Tragweite eine solche Ausdehnung rechtfertigt.

Ausschließungs- und Forderungsrechte[1] haben eine ganz verschiedene Bedeutung. Die Ausschließungsrechte trennen, die Forderungsrechte verbinden. Die Ausschließungsrechte schließen uns in irgend einer Hinsicht jedermann gegenüber ab, sichern uns allen gegenüber den ungestörten und alleinigen Genuß irgend eines Gutes, es sind die Rechte, durch die man sich andere fernhält. Die Forderungsrechte dagegen setzen uns umgekehrt in eine Beziehung zu Einzelnen, es sind die Rechte, durch die wir mit anderen in Verbindung treten, besondere Vorteile diesem oder jenem gegenüber genießen, der dann vielleicht zum Entgelt auch uns gegenüber besondere Vorteile genießt.

Mit dieser verschiedenen Bedeutung hängt es zusammen, daß die Ausschließungsrechte von jeher einen stärkeren Schutz genossen

1) Über den Gegensatz von Ausschließungs- und Forderungsrechten siehe oben S. 123/124.

Digitized by Google

haben als die Forderungsrechte. Vor allen Dingen kann der Mensch verlangen, daß jemand, mit dem er sich nicht eingelassen hat, nicht störend in sein Leben eingreift; erst in zweiter Linie, daß derjenige, zu dem er in eine besondere Beziehung getreten ist, die dadurch gegebenen Pflichten erfüllt.

Auch unser Recht schützt die Ausschließungsrechte in höherem Grade als die Forderungsrechte. Die böswillige Verletzung eines Ausschließungsrechts wird in der Regel zugleich als öffentliche Angelegenheit betrachtet, der Diebstahl, die vorsätzliche Körperverletzung, der vorsätzliche Nachdruck sind strafbar, die böswillige Verletzung eines Forderungsrechtes dagegen gilt im allgemeinen nur als Privatangelegenheit, die Nichtlieferung der verkauften Sache, das Ausbleiben des gedungenen Tagelöhners haben keine strafrechtliche Folge. Der Verletzer eines Ausschließungsrechts haftet unter Umständen auch für unschätzbaren Schaden, der Verletzer eines Forderungsrechts immer nur für Vermögensschaden (§§ 847, 253 BGB.). Neben dem Verletzer eines Ausschließungsrechts haftet auch der nachlässige Aufsichtspflichtige, neben dem Verletzer eines Forderungsrechtes nicht (§ 832 BGB.). Mehrere Verantwortliche haften bei schuldhafter Verletzung eines Ausschließungsrechtes stets als Gesamtschuldner, bei schuldhafter Verletzung eines Forderungsrechts dagegen nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 840, 427, 431 BGB.). Gegenüber dem Anspruch wegen vorsätzlicher Verletzung eines Ausschließungsrechtes kann nicht aufgerechnet werden, wohl aber gegenüber dem Anspruch wegen vorsätzlicher Verletzung eines Forderungsrechts (§ 393 BGB.).

So haben die Ausschließungsrechte denn auch den Schutz der Unterlassungsklage stets in stärkerem Maße genossen als die Forderungsrechte. Das römische Recht schützte durch Unterlassungsklagen alle möglichen Ausschließungsrechte, dagegen nur ganz wenige Forderungsrechte, und ebenso das gemeine Recht, das Recht des codex Maximilianeus und das allgemeine Landrecht. Das Recht des code civil gewährte Unterlassungsklagen ohne Unterschied zum Schutz von Ausschließungs- und von Forderungsrechten, aber während bei Ausschließungsrechten auf ein Unterlassungsgebot und die Androhung einer Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung geklagt werden konnte, konnte bei Forderungsrechten bloß auf ein

Digitized by Google

Unterlassungsgebot geklagt werden. Nur nach dem Recht des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs war zum Schutz der Forderungsrechte allgemein und auch in derselben Art wie zum Schutz von Ausschließungsrechten eine Unterlassungsklage gegeben.

Nunmehr läßt es sich verstehen, weshalb unser Recht die Unterlassungsklagen, die es zum Schutz von Ausschließungsrechten gewährt, einfach von einer Rechtsverletzung abhängig macht, bei den zum Schutz von Forderungsrechten gewährten dagegen ferner verlangt, daß der Berechtigte den Verletzer von der weiteren Rechtsverletzung abgemahnt und dieser hierauf dennoch eine Rechtsverletzung verübt hat. Dem Fremden gegenüber, mit dem ich in keinerlei Beziehung stehe, soll ich die Klage zur Abwehr weiterer Beeinträchtigung sofort nach der ersten Verletzung haben, dagegen bei demjenigen, zu dem ich in einem besonderen Verhältnis stehe, soll ich zunächst versuchen, ob nicht vielleicht eine Abmahnung die Gefahr weiterer Beeinträchtigung beseitigt.

Die Tragweite dieses Gedankens beschränkt sich nicht auf die wenigen Unterlassungsklagen, bei denen er zur Erscheinung kommt, sondern ergreift alle Unterlassungsklagen zum Schutz von Forderungsrechten, und daher läßt sich auf Grund einer geringen Anzahl von Bestimmungen doch der allgemeine Satz aufstellen: während zum Schutz der Ausschließungsrechte schon nach der ersten Verletzung auf Unterlassung geklagt werden kann, ist zum Schutz der Forderungsrechte die Unterlassungsklage erst gegeben, wenn der ersten Verletzung eine Abmahnung von seiten des Berechtigten und dieser eine weitere Verletzung gefolgt ist. Während bei den Ausschließungsrechten nur überhaupt eine Verletzungsgefahr in einer Verletzung zur Erscheinung gekommen sein muß, ist bei den Forderungsrechten notwendig, daß in einer hartnäckig wiederholten Verletzung eine besonders starke Verletzungsgefahr zutage getreten ist.

Was bedeutet diese zweite Voraussetzung der Unterlassungsklage?

Erstens, es muß eine Verletzung, bei einem Forderungsrecht eine hartnäckige Verletzung, des dem Kläger zustehenden Rechts erfolgt sein.

Digitized by Google

Daher ist die Unterlassungsklage zunächst dort nicht begründet, wo jemandem ein im allgemeinen unerlaubtes Verhalten ausnahmsweise gestattet war.

So z. B. wenn jemand in Notwehr (§ 227 BGB.) oder zum Zweck der Selbsthilfe (§ 229 BGB.) gehandelt hat. Hat etwa ein Jagdberechtigter auf seinem Jagdgebiet außerhalb des öffentlichen Weges jemanden, dem er das Jagen nicht gestattet hatte, zur Jagd ausgerüstet betroffen (§ 368 Nr. 10 StGB.), ihn fruchtlos zum Verlassen des Jagdgebietes aufgefordert und ihm schließlich das Gewehr abgenommen[1], so kann jener gegenüber der drohenden Wiederholung einer solchen Maßregel nicht auf Unterlassung klagen, denn das Tun des Jagdberechtigten war durch Notwehr geboten und daher nicht widerrechtlich.

Ebenso ist es, wenn jemand im Notstand gehandelt hat (§ 228 BGB.). Hat ein Bauer, ohne zur Jagd berechtigt zu sein, einen Marder, der ihm wiederholt Tauben und Hühner getötet hatte, zur Verhütung weiteren Schadens erlegt, und ist zu erwarten, daß er gegebenenfalls wieder so verfahren wird[2], so kann der Jagdberechtigte demgegenüber doch nicht auf Unterlassung klagen, denn der Bauer hat im Notstand und daher nicht widerrechtlich gehandelt.

Eine Körperverletzung begründet auch bei Wiederholungsgefahr die Unterlassungsklage nicht, wenn sie innerhalb der Grenzen des dem Vater gegen das Kind (§ 1631 BGB.), dem Lehrherrn gegen den Lehrling (§ 127a GewO.) zustehenden Züchtigungsrechtes erfolgt ist, und ebensowenig eine den Ruf eines andern beschädigende unerweisliche Mitteilung, wenn sie zur Wahrnehmung eines gerechtfertigten Interesses gemacht wurde (§ 193 StGB., § 824 BGB., § 6 WettbewGes.).

Der Eigentümer einer Sache kann wegen einer ihn schädigenden Einwirkung, auch wenn deren Wiederholung droht, nicht auf Unterlassung klagen, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr stattgefunden hat und der entstandene Schaden im Verhältnis zu dem abgewandten sehr gering war (§ 904 BGB.),

---

1) Über einen solchen Fall entschied das Reichsgericht am 14. Oktober 1902 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 35 Nr. 146).

2) Ein solcher Fall lag am 7. Oktober 1901 der Entscheidung des Reichsgerichts vor (D. JurZtg. Bd. 7 S. 152).

der Eigentümer eines Grundstücks kann es nicht, wenn die Einwirkung durch eine obrigkeitlich genehmigte gewerbliche Anlage verursacht worden ist, deren Betrieb sie unvermeidlich machte (§ 26 GewO.)[1].

Sodann ist die Unterlassungsklage aber auch dort nicht begründet, wo ein unerlaubtes Verhalten zwar angekündigt oder vorbereitet, aber noch nicht begonnen worden ist.

Hier und da hält man eine Unterlassungsklage auf Grund der bloßen Ankündigung einer Rechtsverletzung für gegeben. So sagt Dernburg[2], der Urheber eines Schriftwerks habe die Unterlassungsklage schon dann, wenn jemand öffentlich angekündigt habe, daß er einen Nachdruck veröffentlichen werde. Das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 24. Juni 1889[3] erklärt, der Patentinhaber habe die Unterlassungsklage, wenn jemand öffentlich behaupte, daß ein bestimmtes Verhalten das Patent nicht verletze, und diese Behauptung die Absicht ersehen lasse, dementsprechend auch zu handeln. Ebenso hat das Reichsgericht in seinem Erkenntnis vom 11. April 1901[4] die Unterlassungsklage einer Speditionsfirma gegenüber einer überseeischen Transportgesellschaft für zulässig erklärt, obwohl diese der Speditionsfirma nur gewisse unerlaubte Maßregeln angekündigt, aber damit noch in keiner Weise begonnen hatte.

Alles dies ist unrichtig. Die Unterlassungsklage setzt eine Rechtsverletzung voraus, die bloße Ankündigung einer Rechtsverletzung aber ist keine Rechtsverletzung. Damit sie das wäre, bedürfte es einer Vorschrift, die auch schon die Ankündigung von

1) § 26 GewO. sagt allerdings ausdrücklich nur, daß der Eigentümer zur Abwehr gewisser gewerblicher Einwirkungen keine Klage habe, der Sinn ist aber, daß er überhaupt kein Recht auf Unterlassung solcher Einwirkungen, daher namentlich auch nicht die Befugnis zur Notwehr, haben soll. § 26 enthält nicht eine bloße Beschränkung der Unterlassungsklage, sondern eine Beschränkung des Eigentums und des Besitzes, ganz ähnlich der, die § 912 BGB. zugunsten des Nachbarn ausspricht, der ohne grobes Verschulden über die Grenze gebaut hat. Die Vernichtung von Werten soll vermieden werden, und deshalb soll, wie der Überbau, so auch die gewerbliche Anlage erhalten bleiben.

2) Dernburg Preuß.PrivR. Bd. 2 (5) S. 971/972.

3) Bolzes Prax. Bd. 8 Nr. 146. Ebenso für das Recht an einem Warenzeichen Kent WarenbezGes. S. 278.

4) Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29, siehe oben S. 145.

Rechtsverletzungen um des Berechtigten willen verböte, eine solche Rechtsvorschrift gibt es aber nicht.

Zuweilen erachtet man auch eine Unterlassungsklage in Fällen für gegeben, in denen bloße Vorbereitungshandlungen zu einer Rechtsverletzung in Betracht kommen. So bei der Unterlassungsklage, die § 1134 BGB. dem Hypothekengläubiger gewährt, wenn der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise einwirkt, daß die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird. Als Beispiele dieser Unterlassungsklage führt man ganz allgemein an, wenn der Eigentümer das Holz seines Waldes oder das Inventar seines Gutes verkauft habe, so könne der Hypothekengläubiger auf Nichtabholzung des Waldes, auf Nichtwegschaffung des Inventars klagen[1].

Auch dies ist unrichtig. Der Kaufvertrag, durch den sich der Eigentümer zu einer verletzenden Einwirkung auf das Grundstück verpflichtet, ist selbst keine verletzende Einwirkung. Es ist dem Eigentümer verboten, in einer die Hypothek gefährdenden Weise auf das Grundstück einzuwirken, nicht aber auch sich zu einer solchen Einwirkung zu verpflichten.

Überall wo man auf Grund der bloßen Ankündigung oder Vorbereitung eines unerlaubten Verhaltens die Unterlassungsklage für zulässig erklärt, da verliert man aus den Augen, daß unser Recht nicht gegenüber jeder Gefahr einer Verletzung die Unterlassungsklage gewährt, sondern nur gegenüber einer Verletzungsgefahr, die in einer Verletzung zu Tage getreten ist[2]. Zuweilen können wir auch die Ursache des Irrtums erkennen, so z. B. bei der Behauptung, daß der Hypothekengläubiger auf Unterlassung klagen könne, wenn der Eigentümer auch nur das Holz seines Waldes oder das Inventar seines Hauses verkauft habe. Der erste Ent-

---

1) So z. B. Dernburg Bgl.R. Bd. 3 (3) S. 692, Crome Bgl.R. Bd. 3 S. 751, Matthiaß Bgl.R. Bd. 2 (3) S. 157, Biermann Sachenr. (2) Note 1 zu § 1134, Oberneck RGrundbR. Bd. 1 (2) S. 919/920, Turnau u. Förster LiegenschR. Bd. 1 (2) S. 672, Planck BGB. Bd. 3 (3) Note 1a zu § 1134, Willenbücher LiegenschR. u. GrundbO. Note 1 zu § 1134, Fuchs GrundbR. Note 5 zu § 1134. Ohne Begründung vermeiden diese Beispiele Gierke D.PrivR. Bd. 2 S. 872, Kober Sachenr. (2) Note 2 zu § 1134, Lehmann Bgl.R. Bd. 2 S. 287/288, Neumann BGB. (4) Note 1 zu § 1134.

2) Siehe oben S. 155/158.

Digitized by Google

wurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte nämlich in § 1072 bestimmt: „Ist eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des belasteten Grundstücks zu besorgen, so kann der Gläubiger die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln beantragen“, als Beispiele einer solchen Sachlage bezeichneten die Motive die Überlassung des Waldes zum Abholzen und den Verkauf des Gutsinventars[1]. Der zweite Entwurf hat aber dann in seinem § 1042 den Schutz des Hypothekengläubigers umgestaltet, dem Hypothekengläubiger eine Unterlassungsklage gewährt und diese von einer vorausgegangenen Einwirkung auf das Grundstück abhängig gemacht[2]: so ist § 1134 BGB. zustande gekommen. Die in den Motiven gegebenen, dort durchaus zutreffenden Beispiele paßten nun natürlich nicht mehr, trotzdem sind sie in fast alle Darstellungen unseres heutigen Rechts übergegangen, und man ist sich gar nicht der Ungerechtigkeit bewußt geworden, die darin liegen würde, wenn der Hypothekengläubiger schon beim bloßen Drohen einer Beeinträchtigung eine Unterlassungsklage hätte, der Eigentümer dagegen (§ 1004 BGB.) erst nachdem eine Beeinträchtigung erfolgt ist.

Zweitens, die Verletzung, bei einem Forderungsrecht die hartnäckige Verletzung, des dem Kläger zustehenden Rechts muß **durch den Beklagten** erfolgt sein.

Die Unterlassungsklage ist nur dann jemandem gegenüber begründet, wenn **er selbst eine Rechtsverletzung begangen** hat.

Hierher gehört es auch, wenn ein **Organ einer Körperschaft** dies getan hat. Denn das Verhalten der Organe gilt durchaus als Verhalten der Körperschaft, demgemäß ist also auch das rechtswidrige Verhalten der Organe als rechtswidriges Verhalten der Körperschaft zu betrachten, und wenn die Fortsetzung oder Wiederholung eines solchen Verhaltens droht, kann gegen die Körperschaft auf Unterlassung geklagt werden, d. h. wiederum darauf, daß ihre Organe künftig ein solches Verhalten unterlassen[3].

1) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 669/670.

2) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 3 S. 568/569.

3) Ebenso für die Unterlassungsklage des Eigentümers **Crome** Bgl.R. Bd. 3 S. 426, für die des Besitzers **Planck** BGB. (3) Note 3 zu § 862, **Kober**

Digitized by Google

Wendet etwa der Vorstand einer Aktiengesellschaft ein patentiertes Verfahren fortgesetzt unbefugt an, so kann die Aktiengesellschaft verurteilt werden, sich bei Vermeidung einer bestimmten Strafe künftig der Anwendung des Verfahrens zu enthalten, und diese Verurteilung bedeutet, daß ihr Vorstand das Verfahren nicht länger zur Anwendung bringen darf.

Dagegen ist die Unterlassungsklage nicht ohne weiteres begründet, wenn in jemandes Angelegenheiten ein anderer eine Rechtsverletzung begangen hat[1].

Es gibt keinen Rechtssatz, nach welchem eine Rechtsverletzung, die ein anderer, etwa ein Vertreter oder Bediensteter, in jemandes Angelegenheiten verübt hat, als dessen eigene Rechtsverletzung zu gelten hätte. Die Rechtsverletzung ist für ihn eine fremde Rechts-

Sachenr. (2) Note IV 1 b zu § 862, Meisner BGB. Note 7 zu § 862, Neumann BGB. (4) Note 4 a zu § 862. Für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Kohler Handb. d. PatR. S. 550, Seligsohn PatGes. (2) S. 106, Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 95, für die des Inhabers eines Warenzeichens Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12, Kent WarenbezGes. S. 292/293, Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 563. Für die den Gewerbtreibenden in seinen Absatzbeziehungen schützenden Unterlassungsklagen Finger WettbewGes. S. 18, Müller WettbewGes. (4) S. 65, Lobe WettbewGes. S. 141, Pinner WettbewGes. S. 53. Seltsam die Meinung Biermanns Sachenr. (2) Note 3 zu § 826, eine Körperschaft könne wegen Besitzstörungen ihrer Organe nur dann auf Unterlassung verklagt werden, wenn „sie" die Besitzstörung angeordnet habe, da doch eine Körperschaft überhaupt nur durch ihre Organe wirken kann.

1) Dies wird meistens verkannt. Kohler Handb. d. PatR. S. 550, 551 und Isay PatGes. Note 161 zu § 4 behaupten ohne jede Einschränkung, der Patentinhaber könne gegen den auf Unterlassung klagen, in dessen Diensten ein anderer das Patent verletzt hat. In gleicher Weise gewähren Kent WarenbezGes. S. 292 und Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12 dem Inhaber eines Warenzeichens eine Unterlassungsklage gegen den Unmündigen oder Geisteskranken, dessen gesetzlicher Vertreter das Zeichenrecht verletzt hat. Und Kohler in der Zeitschrift Unlauterer Wettbewerb Bd. 1 S. 2 gibt dem Gewerbtreibenden, dessen Geschäft ein fremder Reisender zu Zwecken des Wettbewerbs verleumdet hat, auch gegen den ganz unschuldigen Prinzipal dieses Reisenden die Unterlassungsklage. Dagegen hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 30. Juni 1899 (Jur.Wochenschr. 1899 S. 545) es für die Unterlassungsklage des Gewerbtreibenden wegen unlauterer Reklame richtig ausgesprochen, daß sie demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten ein anderer die Reklame gemacht hat, nicht begründet ist, wenn jener weder einen Auftrag zu der Reklame erteilt hatte noch sie zu verhindern verpflichtet war.

Digitized by Google

verletzung. Eine fremde Rechtsverletzung aber eignet sich nicht zur Grundlage der Unterlassungsklage. Unsere Rechtsordnung steht auf dem Standpunkt, daß eine Unterlassungsklage gegen jemanden eine ungerechtfertigte Härte sein würde, solange nicht die Gefahr, daß er künftig eine Verletzung begeht, in einer bereits von ihm begangenen Verletzung anschaulich hervorgetreten ist[1]. Das ist aber dort nicht der Fall, wo nur ein anderer in seinen Angelegenheiten eine Verletzung begangen hat.

Ist also durch jemanden in meinen Angelegenheiten eine Rechtsverletzung, z. B. eine Handlung unlauteren Wettbewerbes, erfolgt, so ist eine Unterlassungsklage gegen mich nur dann möglich, wenn auch ich selbst eine Rechtsverletzung begangen, z. B. den Bediensteten zu der Verletzung angestiftet (§ 830 BGB.) oder bei seiner Auswahl nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (§ 831 BGB). Fällt mir selbst keine Rechtsverletzung zur Last, so kann gegen mich auch nicht auf Unterlassung geklagt werden, hat also etwa der Vormund eines Kindes in dessen Fabrik ein patentiertes Verfahren unbefugt angewandt, so findet dem Kinde gegenüber keine Unterlassungsklage statt.

Desgleichen ist die Unterlassungsklage jemandem gegenüber nicht begründet, wenn nur sein Rechtsvorgänger eine Rechtsverletzung begangen hat[2].

1) Siehe oben S. 157/158.

2) Dies wird nicht selten übersehen. So lehren für die Unterlassungsklage des Besitzers Planck BGB. (3) Note 3 zu § 862, Kober Sachenr. (2) Note IV 2b zu § 862, Neumann BGB. (4) Note 4b zu § 862, Turnau und Förster LiegenschR. Bd. 1 (2) Note II 3 zu § 862, Gierke D. PrivR. Bd. 2 S. 253, Cosack Bgl. R Bd. 2 (4) S. 82, daß sie auch gegen die Erben des Störers stattfinde. Ebenso gewähren Müller WettbewGes. (4) S. 66 und Pinner WettbewGes. S. 53 dem Gewerbtreibenden die Unterlassungsklagen zum Schutz seiner Absatzbeziehungen auch gegen die Erben dessen, der sich schwindelhafter Reklame schuldig gemacht hat. Und Seligsohn WarenbezGes. (2) S. 105/106 gibt dem Inhaber eines Warenzeichens auch gegen die Erben dessen, der es unbefugt gebraucht hat, die Unterlassungsklage. Richtig erklären dagegen Finger WettbewGes. S. 67 und Lobe WettbewGes. S. 141, daß der Gewerbtreibende wegen schwindelhafter Reklame des Rechtsvorgängers nicht ohne weiteres auch gegen den Rechtsnachfolger auf Unterlassung klagen könne. Und ebenso sagt Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 95, freilich unter Verlassung seines grundsätzlichen Standpunkts, nach welchem die Unterlassungklage überhaupt keine Verletzung voraussetzt, der in seinem Patentrecht Gestörte könne gegen die

Digitized by Google

Einen Rechtssatz, nach welchem die Rechtsverletzungen irgend eines Rechtsvorgängers als solche des Rechtsnachfolgers zu gelten hätten, gibt es nicht. Nach §§ 1922, 1967 BGB. gehen allerdings gleich anderen Verbindlichkeiten des Erblassers auch die aus Rechtsverletzungen herrührenden auf den Erben über, aber hieraus folgt nicht, daß diese Rechtsverletzungen nun auch als solche des Erben zu gelten hätten: sie bleiben für ihn fremde Rechtsverletzungen. Die Unterlassungsklage setzt nun aber eine eigene Rechtsverletzung voraus, sie soll nur dort stattfinden, wo die von jemandem drohende Verletzungsgefahr in einer von ihm begangenen Verletzung zutage getreten ist[1]. Daher eignet sich die vom Erblasser verübte Rechtsverletzung nicht zur Grundlage einer Unterlassungsklage gegen den Erben.

Wenn also jemand, den ich beerbt habe, ungerechtfertigterweise regelmäßig über ein benachbartes Grundstück gefahren ist, so kann gegen mich nicht ohne weiteres auf Unterlassung geklagt werden, sondern die Klage ist mir gegenüber erst möglich, nachdem auch ich unrechtmäßig über das Grundstück gefahren bin und dadurch gezeigt habe, daß auch von mir eine solche Verletzung droht.

Die der Unterlassungsklage zugrunde liegende Rechtsverletzung kann nicht nur in einem *Tun*, sondern auch in *einem Unterlassen* bestehen.

Die Unterlassungsklage findet nur zur Verhütung eines verletzenden Tuns statt, die vorausgegangene Verletzung, durch die sie bedingt ist, kann aber auch ein Unterlassen sein. Die Unterlassungsklage ist deshalb durch eine vorausgegangene Verletzung bedingt, weil die Gefahr der künftigen Verletzung in einer bereits erfolgten Verletzung zur Erscheinung gekommen sein soll[2]. Die Gefahr eines rechtswidrigen Tuns wird nun freilich in der Regel in einem rechtswidrigen Tun zutage treten, sie kann aber doch auch in einem rechtswidrigen Unterlassen sichtbar werden.

Erben des Störers nur dann auf Unterlassung klagen, wenn sie selbst die Störung fortsetzten.

1) Siehe oben S. 157/158.

2) Siehe oben S. 157/158.

Danach kann ein Gewerbtreibender gegen einen Konkurrenten auf Unterlassung schwindelhafter Reklame (§ 1 WettbewGes.) nicht nur klagen, wenn der Konkurrent selbst die Reklame gemacht hat, sondern unter Umständen auch dann, wenn sie nur einem Reisenden zur Last fällt, den jener nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt hat (§ 831 BGB.). Dies nämlich dann, wenn in der Unterlassung sorgfältigerer Auswahl eine Gesinnung hervorgetreten ist, die befürchten läßt, daß der Prinzipal sich auch selbst der schwindelhaften Reklame schuldig machen werde.

Ebenso ist es, wenn nach einem Mietvertrage in der Wohnung des Mieters zur Nachtzeit nicht Klavier gespielt werden darf. Hier kann der Vermieter gegen den Mieter nicht nur auf Unterlassung klagen, wenn dieser selbst bei Nacht Klavier gespielt und dies ungeachtet einer Mahnung weiter getan, sondern möglicherweise auch dann, wenn er nur ungeachtet einer Mahnung des Vermieters das nächtliche Klavierspiel seiner Angehörigen weiter geduldet hat. Nämlich unter der Voraussetzung, daß infolge dieser Duldsamkeit befürchtet werden muß, der Mieter werde künftig auch selbst zur Nachtzeit Klavier spielen.

Auch abgesehen hiervon kann die der Unterlassungsklage zugrunde liegende Rechtsverletzung *von sehr verschiedener Art* sein.

Zumeist besteht sie darin, daß *der Beklagte dem Kläger den von der Rechtsordnung gewährleisteten Genuß eines Gutes entzogen oder ihn darin gestört hat.* Z. B. der Beklagte hat den Kläger mißhandelt (§ 823 BGB.), ihn bei einem Streik gewaltsam an der Arbeit gehindert (§ 240 StGB.), ihm durch Tierquälerei ein Ärgernis gegeben (§ 360 Nr. 13 StGB.) oder über ihn eine ehrenrührige Tatsache behauptet (§ 186 StGB.). Der Beklagte hat Bäume auf dem Grundstück des Klägers beschädigt (§ 903 BGB.), ihm das Recht zum Gebrauch seines Namens bestritten (§ 12 BGB.), unbefugt Mitteilungen über den Inhalt seines noch unveröffentlichten Romans gemacht (§ 11 litt. UrhGes.), ihm sein Kind entzogen (§ 1632 BGB.), sein Geschäft verleumdet (§ 7 WettbewGes.). Der beklagte Vermieter einer Wohnung hat die Benutzung der mitvermieteten Waschküche gehindert (§ 535 BGB.),

Digitized by Google

der beklagte Verkäufer einer Bibliothek hat einen Teil der Bücher veräußert (§ 280 BGB.).

Nicht selten besteht die vom Beklagten verübte Rechtsverletzung auch darin, daß er an einem Gute, dessen ausschließlichen Genuß die Rechtsordnung dem Kläger gewährleistet, sich den Mitgenuß angemaßt hat. Z. B. der Beklagte ist widerrechtlich über das Grundstück des Klägers geritten (§ 903 BGB.) oder hat sich unbefugt seiner Firma bedient (§ 37 HGB.). Er hat ein Buch des Klägers nachzudrucken (§ 11 litt. UrhGes.) oder ein ihm patentiertes Verfahren anzuwenden begonnen (§ 4 PatGes.). Er hat ein Geschäftsgeheimnis, das er durch Verrat eines Angestellten des Klägers kennen gelernt hatte, unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbs verwertet (§ 9 WettbewGes.).

Manchmal liegt die Rechtsverletzung des Beklagten auch nur darin, daß er ein Gut, dessen Genuß oder ausschließlichen Genuß die Rechtsordnung dem Kläger gewährleistet, rechtswidrig gefährdet hat. Eine solche Gefährdung ist allerdings bloß in bestimmten Fällen verboten, wo sie aber verboten ist, da hat der, um dessen willen das Verbot besteht, ein Recht auf ihre Unterlassung, und die Gefährdung ist eine Verletzung dieses Rechts. Hierher gehört es z. B., wenn der Beklagte auf den Kläger einen Hund gehetzt (§ 366 Nr. 6 StGB.) oder als Mitbewohner seines Hauses zur Cholerazeit den polizeilich vorgeschriebenen Absperrungsmaßregeln zuwidergehandelt hat (§ 327 StGB.). Wenn der Beklagte auf seinem dem Waldgrundstück des Klägers benachbarten Waldgrundstück unvorsichtig Feuer angezündet (§ 368 Nr. 6 StGB.) oder als Schlosser zu der Wohnung des Klägers unbefugt einen Schlüssel angefertigt hat (§ 369 Nr. 1 StGB.). Wenn der beklagte Mieter entgegen dem Mietvertrage den Boden mit brennender Pfeife betreten hat (§ 535 BGB.).

Die Rechtsverletzung des Beklagten kann sich sogar darauf beschränken, daß er nur mit einem Verhalten begonnen hat, dessen Vollendung eine dieser Rechtsverletzungen darstellen würde. Fast immer stellt sich der Beginn eines solchen Verhaltens als rechtswidriger Angriff (§ 227 BGB.) oder rechtswidriger Versuch (§ 43 StGB.) dar. Infolgedessen ist der Beginn eines Verhaltens, dessen Vollendung eine Rechtsverletzung sein

Digitized by Google

würde, in der Regel bereits selbst eine Rechtsverletzung[1]. Z. B. der Beklagte hat den Kläger zu mißhandeln (§ 823 BGB.) oder an der Arbeit in einer Fabrik gewaltsam zu hindern gesucht (§ 240 StGB.). Er hat den Versuch gemacht, unbefugt in das Haus des Klägers einzudringen (§ 903 BGB.), die bei Maul- und Klauenseuche getroffenen polizeilichen Absperrungsmaßregeln in einer das Vieh des Klägers gefährdenden Weise zu verletzen (§ 328 StGB.), den Kläger in der Ausübung einer ihm zustehenden Wegegerechtigkeit zu hindern (§ 1018 BGB.). Er hat es versucht, das Drama des Klägers unbefugt zur Aufführung zu bringen (§ 11 litt. UrhGes.), das ihm patentierte Verfahren anzuwenden (§ 4 PatGes.), sein Kind zu entführen (§ 1632 BGB.). Er hat als Verkäufer die dem Kläger verkaufte Sache zu vernichten (§ 280 BGB.), als Verpächter auf der jenem verpachteten Schlittschuhbahn Eis hacken zu lassen (§ 581 BGB.), als Mitgesellschafter ihn an der Einsicht in die Gesellschaftsbücher zu hindern gesucht (§ 716 BGB.).

Die Unterlassungsklage ist hiernach nicht nur gegeben, wenn der Beklagte unbefugt dem Kläger den Genuß des ihm gewährleisteten Gutes entzogen oder ihn darin gestört oder sich dessen Mitgenuß angemaßt hat, sondern auch dann, wenn er dieses Gut rechtswidrig gefährdet, ja selbst dann, wenn er nur rechtswidrig mit einem derartigen Verhalten begonnen hat, immer vorausgesetzt daß weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind. Sie schützt nicht nur gegen die Wiederkehr einer vollendeten Rechtsverletzung, sondern sie macht es uns auch möglich, die erst begonnene Rechtsverletzung im Keime zu ersticken.

Die Rechtsverletzung, die der Unterlassungsklage zugrunde liegt, kann auch in anderer Hinsicht sehr mannigfaltig sein.

Sie kann nicht nur in einer sonstigen Handlung, sondern auch in einer Äußerung bestehen[2]. Die Unterlassungsklage

1) Für die Unterlassungsklage des Inhabers eines Warenzeichens spricht dies Kohler Markenschutz S. 339 aus, dem sich Kent WarenbezGes. S. 278 anschließt. Etwas ganz anderes ist die bloße Ankündigung eines rechtswidrigen Verhaltens, siehe oben S. 162/163.

2) Daß zur Begründung der Unterlassungsklage des Besitzers unter Umständen Drohungen genügen, wird von Gierke D.PrivR. Bd. 2 S. 253, Planck

findet nicht nur statt, wenn der Beklagte den Kläger mißhandelt (§ 823 BGB.) oder seine Sache beschädigt (§ 903 BGB.) oder das von ihm geschaffene Kunstwerk nachgebildet hat (§§ 1, 5 Kunstschutzges.). Sondern auch z. B., wenn er eine ehrenrührige Behauptung über den Kläger ausgesprochen (§ 186 StGB.), ihn mit einem Verbrechen bedroht (§ 241 StGB.), seinen Knechten die fernere Ausübung der ihm zustehenden Wegegerechtigkeit untersagt (§ 1018 BGB.), ihm das Recht zum Gebrauch seines Namens bestritten (§ 12 BGB.), unbefugte Mitteilungen über den Inhalt seines noch unveröffentlichten Buches gemacht hat (§ 11 litt. UrhGes.).

Die der Unterlassungsklage zugrunde liegende Rechtsverletzung ist ferner nicht notwendig eine *selbständige Rechtsverletzung*, sie kann auch in der *rechtswidrigen Verursachung oder Unterstützung einer fremden Rechtsverletzung* bestehen. Die Unterlassungsklage findet nicht nur statt, wenn der Beklagte selbst Bäume auf dem Grundstück des Klägers beschädigt (§ 903 BGB.) oder ihn an der Benutzung eines Notweges gehindert (§ 917 BGB.), ihm sein Kind entführt (§ 1632 BGB.) oder ein ihm patentiertes Verfahren angewandt hat (§ 4 PatGes.). Sondern auch dann, wenn der Beklagte durch Geschenke oder Versprechungen, Drohungen, Mißbrauch seines Ansehens oder seiner Gewalt oder absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums einen andern vorsätzlich zu einer solchen Rechtsverletzung bestimmt hat: *Anstiftung* (§ 830 BGB., § 48 StGB.)[2]. Z. B. ein

BGB. (3) Note 2a zu § 862, *Biermann* Sachenr. (2) Note 2 zu § 862, *Meisner* BGB. Note 6 zu §§ 861/864, *Turnau u. Förster* LiegenschR. Bd. 1 (2) Note II 1 zu § 862, *Crome* Bgl. R. Bd. 3 S. 70, *Cosack* Bgl. R. Bd. 2 (4) S. 79, *Endemann* Bgl. R. Bd. 2¹ (8, 9) S. 246, *Männer* Sachenr. (2) S. 144, *Kniep* Besitz S. 451 und in dem Urteil des Oberlandesgerichts *Braunschweig* vom 24. Januar 1902 (RSpr. d. OLG. Bd. 4 S. 290) anerkannt. Daß der Eigentümer unter Umständen wegen bloßer Drohungen auf Unterlassung klagen kann, findet Anerkennung bei *Biermann* Sachenr (2) Note 1 zu § 1004, *Crome* Bgl. R. Bd. 3 S. 424, *Cosack* Bgl. R. Bd. 2 (4) S. 175. Dagegen behauptet *du Chesne* im Sächs. Arch. Bd. 11 S. 533 ohne Begründung, wo die Verfehlung gegen eine Duldungspflicht nur in einer psychischen Einwirkung bestehe, da könne nicht auf künftige Unterlassung solcher Einwirkungen geklagt werden.

2) Daß auch die bloße Anstiftung eines andern zu einer Rechtsverletzung die Unterlassungsklage gegen den Anstifter begründet, erkennen für die Unterlassungsklage des Patentinhabers an *Kohler* Handb. d. PatR. S. 552/556

Digitized by Google

Fabrikant hat die patentwidrige Anwendung eines Verfahrens angeordnet, ein Gutsbesitzer hat seinen Knechten befohlen, einen Nachbar an der Benutzung eines Notweges zu hindern. Nicht minder dann, wenn der Beklagte einem andern bei einer solchen Rechtsverletzung durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat: Beihilfe (§ 830 BGB., § 49 StGB.)[1]. Z. B. jemand hat Wache gestanden, während ein anderer Bäume auf dem Grundstück des Klägers beschädigte, oder durch seinen Rat es der geschiedenen Frau des Klägers erleichtert, dessen Kind zu entführen.

Die der Unterlassungsklage zugrunde liegende Rechtsverletzung muß ferner nicht notwendig in eigenen, sie kann auch in frem-

---

und Isay PatGes. Note 163 zu § 4, für die des Inhabers eines Warenzeichens das Urteil des Reichsgerichts vom 20. Juni 1894 (Entsch. d. RGer. in ZivS. Bd. 33 Nr. 29) und Kent WarenbezGes. S. 280, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Th. Wolff im Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S 53, Finger WettbewGes. S. 18, 62, Bachem u. Roeren WettbewGes. (3) S. 83, Pinner WettbewGes. S 51/52. — Vielfach sagt man zu allgemein, die Beauftragung eines andern mit einer Rechtsverletzung begründe die Unterlassungsklage. So für die Unterlassungsklage des Eigentümers Kober Sachenr. Note 3b zu § 1004, Cosack Bgl. R. Bd. 2 (4) S. 175, Dernburg Bgl. R. Bd. 3 (3) S. 388, Crome Bgl. R. Bd. 3 S 425, für die des Besitzers Gierke D.PrivR. Bd. 2 S. 253, Biermann Sachenr. (2) Note 3 zu § 862, Männer Sachenr. (2) S. 143, Turnau u. Förster LiegenschR. Note II 3 zu § 862, Neumann BGB. (4) Note 4a zu § 862, Crome Bgl. R. Bd. 3 S. 70, für die des Inhabers eines Warenzeichens Kent WarenbezGes. S. 292, Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Müller WettbewGes. (4) S. 62, Bachem u. Roeren WettbewGes. S. 82, Pinner WettbewGes. S. 52. Aber darin, daß jemand einen andern mit einer Rechtsverletzung beauftragt hat, liegt an sich noch keine Rechtsverletzung, eine solche ist nur dann gegeben, wenn er den Beauftragten zu der Rechtsverletzung durch gewisse Mittel, z. B. Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, bestimmt, ihn dazu angestiftet hat.

1) Daß auch gegen den, der einem andern bei einer Rechtsverletzung nur Beihilfe geleistet hat, die Unterlassungsklage stattfindet, wird für die Unterlassungsklage des Patentinhabers anerkannt durch Kohler Handb. d. PatR. S. 552/556, Isay PatGes. Note 163 zu § 4, für die des Inhabers eines Warenzeichens durch das Urteil des Reichsgerichts vom 20. Juni 1894 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 33 Nr. 29) und durch Kent WarenbezGes. S. 280, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb durch Th. Wolff im Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S. 53, Finger, WettbewGes. S. 18, 62, Bachem u. Roeren WettbewGes. (3) S. 83, Pinner, WettbewGes. S 51/52.

Digitized by Google

den Angelegenheiten erfolgt sein[1]. Die Unterlassungsklage ist nicht nur gegenüber dem Gutsbesitzer gegeben, der befohlen hat, widerrechtlich den Acker des Klägers zu befahren (§ 903 BGB.). Sondern sie kann auch gegen die Knechte gerichtet werden, die den Acker befahren haben, und gegen den Verwalter, der ihre Tätigkeit geleitet hat. Und ebenso kann nicht nur der Aktiengesellschaft gegenüber auf Unterlassung geklagt werden, die einen patentierten Gegenstand unbefugt herzustellen und in Verkehr zu bringen begonnen hat (§ 4 PatGes.). Sondern nicht minder gegen die Vorstandsmitglieder, die das Herstellen und Verkaufen des Gegenstandes angeordnet, und gegen die Ingenieure und Handlungsgehilfen, die dabei mitgewirkt haben.

Die der Unterlassungsklage zugrunde liegende Rechtsverletzung kann nicht nur in einem schuldhaften, sondern auch in einem schuldlosen, ja sogar in einem in Unzurechnungsfähigkeit erfolgten Verhalten bestehen.

1) Dies wird für die Unterlassungsklage des Eigentümers anerkannt von Cosack Bgl. R. Bd. 2 (4) S. 175, Crome Bgl. R. Bd. 3 S. 425, für die des Besitzers von Gierke D.PrivR. Bd. 2 S. 253, Biermann Sachenr. (2) Note 3 zu § 862, Männer Sachenr. (2) S. 143, Crome Bgl. R. Bd. 3 S. 70, Turnau u. Förster LiegenschR. Bd. 1 (2) Note II 3 zu § 862, Neumann BGB. (4) Note 4a zu § 862. Für die Unterlassungsklage des Patentinhabers von Kohler Handb. d. PatR. S. 551 und Isay PatGes. Note 161 zu § 4, für die des Inhabers eines Warenzeichens von Kohler Markenschutz S. 344, Kent WarenbezGes. S. 291 bis 292, Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12 und in dem Urteil des Reichsgerichts vom 20. Juni 1894 (Gew.RSchutz Bd. 3 S. 273). Für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb von Finger WettbewGes. S. 18/19, Müller WettbewGes. (4) S. 62, Bachem u. Roeren WettbewGes. (3) S. 82, Pinner WettbewGes. S. 51/52. Dagegen behauptet Meisner BGB. Note 7 zu §§ 861/864 ohne Begründung, der Besitzer könne gegen den, der ihn im Auftrag oder als Vertreter eines andern gestört habe, nicht auf Unterlassung klagen. — Hier und da wird auch die Meinung vertreten, die Unterlassungsklage sei ausgeschlossen, wenn der Verletzer die Verletzung in Sachen eines andern unter dem Druck eines Abhängigkeitsverhältnisses, z. B. als dessen Arbeiter oder Handlungsgehilfe, begangen habe. So für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Isay PatGes. Note 161 zu § 4, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Fuld WettbewGes. S. 77, Lobe WettbewGes. S. 44, Finger WettbewGes. S. 19, Bachem u. Roeren WettbewGes. (3) S. 82, dagegen richtig Pinner WettbewGes. S. 52. Dieser Meinung fehlt jede Grundlage.

Digitized by Google

Die Unterlassungsklage findet zunächst statt, wenn der Beklagte vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht des Klägers verletzt hat, etwa indem er durch Übertretung der polizeilichen Absperrungsmaßregeln bei einer Seuche seine Gesundheit gefährdete (§ 327 StGB.), ihm durch Tierquälerei ein Ärgernis gab (§ 360 Nr. 13 StGB.), seinem Grundstück übelriechende Flüssigkeiten zuführte (§ 903 BGB.), ein für ihn eingetragenes Warenzeichen verwandte (§ 12 Warenbez-Ges.), ein ihm patentiertes Verfahren in Gebrauch nahm (§ 4 Pat-Ges.), ein von ihm gepachtetes Grundstück vertragswidrig behandelte (§ 581 BGB.).

Die Unterlassungsklage ist aber auch dann gegeben, wenn der Beklagte eine solche Rechtsverletzung ohne jedes Verschulden begangen hat[1]. Daß nicht nur die schuldhafte Verletzung, sondern ebenso auch die schuldlose die Unterlassungsklage begründet, folgt aus den Bestimmungen unseres Rechts über einzelne Unterlassungsklagen. Diese Bestimmungen gewähren sämtlich eine Unterlassungsklage nicht nur auf Grund der schuldhaften, sondern allgemein auf Grund jeder Rechtsverletzung[2]. Was für die einzelnen Unterlassungsklagen gilt, muß auch für die aus ihnen abgeleitete allgemeine Unterlassungsklage gelten.

---

1) Ebenso Fuld im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 260 und das Urteil des Reichsgerichts vom 3. Januar 1905 (Entsch. d. RGer. in ZivS. Bd. 60 Nr. 2)

2) So für die Unterlassungsklage zum Schutz des Eigentums Planck BGB. (3) Note 2d zu § 1004, Kober Sachenr. (2) Note 1 zu § 1004, Biermann Sachenr. (2) Note 1 zu § 1004, Dernburg Bgl. R. Bd. 3 (3) S. 387, Endemann Bgl. R. Bd. 2[1] (8, 9) S. 591, Gierke D. PrivR. Bd. 2 S. 512 und das Urteil des Reichsgerichts vom 18. Januar 1902 (Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 650). Für die Unterlassungsklage zum Schutz des Hypothekenrechts Biermann Sachenr. (2) Note 1 zu § 1134, Männer Sachenr. (2) S. 436, Fuchs GrundbR. Note 5 I A zu § 1134, Meisner BGB. Note 1 zu §§ 1134, 1135. Für die den Sachbesitz schützende Unterlassungsklage Kober Sachenr. Note II 4 zu § 862, Dernburg Bgl. R. Bd. 3 (3) S. 83, Turnau u. Förster LiegenschR. Bd. 1 (2) Note II 1 zu § 862. Für die Unterlassungsklage zum Schutz des Namenrechts Planck BGB. (3) Note 2d zu § 12, Meisner BGB. Note 2 zu § 12, Löwenfeld u. Riezler Allgem. Teil Note zu § 12 S. 89, Cosack Bgl. R. Bd. 1 (4) S. 78. Für die Unterlassungsklage zum Schutz des Firmenrechts Cosack Handelsr. (6) S. 67, Gareis Handelsr. (7) S. 70/71. Für die Unterlassungsklage zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen Kohler Markenschutz S. 343, Kent WarenbezGes. S. 279, 291. Für die das Patentrecht schützende Unterlassungsklage Kohler Handb. d. PatR. S. 544, Isay PatGes. Note 154

Digitized by Google

Ja die Unterlassungsklage findet sogar auch dann statt, wenn der Beklagte bei der Rechtsverletzung sich in einem Zustand von Unzurechnungsfähigkeit befunden hat[1]. Dem schuldlosen Tun des Zurechnungsfähigen muß das Tun des Unzurechnungsfähigen notwendig gleichstehen. Durch Unzurechnungsfähigkeit werden nur diejenigen Folgen eines rechtswidrigen Verhaltens ausgeschlossen, die durch ein Verschulden bedingt sind. Der Grund, weshalb gewisse Folgen des rechtswidrigen Verhaltens, z. B. im allgemeinen die Schadenersatzpflicht, den Unzurechnungsfähigen nicht treffen, liegt darin, daß man ihn als unter allen Umständen schuldlos betrachtet. Wo eine Folge rechtswidrigen Verhaltens nicht durch ein Verschulden bedingt ist und demgemäß den Zurechnungsfähigen trifft, auch wenn er frei von jedem Verschulden ist, da besteht kein Grund, weshalb sie nicht auch den Unzurechnungsfähigen treffen sollte. Wie der Angriff des Unzurechnungsfähigen die Befugnis zur Notwehr erzeugt[2], so muß er, wenn seine Fortsetzung oder Wiederholung zu befürchten ist, auch die Unterlassungsklage zur Entstehung bringen.

Man kann die Frage stellen, weshalb die Rechtsordnung hier auch bei Schuldlosigkeit, ja sogar bei Unzurechnungsfähigkeit des Verletzers eine ihm nachteilige Rechtsfolge eintreten läßt, während

---

zu § 4 und das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1900 (Jur. Wochenschr. 1901 S. 13). Für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Th. Wolff im Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S. 18/19, Müller WettbewGes. S. 62, Finger WettbewGes. S. 63, Lobe WettbewGes. S. 133, Pinner WettbewGes. S. 48/49 und das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 30. Januar 1903 (Jur. Wochenschr. 1903 S. 128). Für die Unterlassungsklage des Vermieters Goldmann u. Lilienthal BGB. Bd. 1 (2) S. 561.

1) Für die Unterlassungsklage zum Schutz des Patentrechts leugnet dies Kohler Handb. d. PatR. S. 544. Die meisten lassen die Frage unerörtet.

2) Das ist die herrschende Meinung. So z. B. für das Strafrecht Merkel StrR. S. 163, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 738/739, v. Liszt StrR. (14, 15) S. 144, Finger Deutsches StrR. Bd. 1 S. 387, Olshausen StGB. (7) Note 6 zu § 53, Frank StGB. (3, 4) Note I 2 zu § 53 und das Urteil des Reichsgerichts vom 19. Februar 1895 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 27 Nr. 17). Für das Privatrecht Planck BGB. (3) Note 1c zu § 227, Enneccerus Bgl. R. (3) Bd. 1 S. 554, Endemann Bgl. R. Bd. 1 (8) S. 434, Hölder Allgem. Teil Note 1 zu § 227, Crome Bgl. R. Bd. 1 S. 536, Rehbein BGB. Note II 1 zu §§ 226/231.

Digitized by Google

sie doch andere solche Rechtsfolgen, z. B. die Schadenersatzpflicht, von seinem Verschulden abhängig macht. Hier kommen zwei Gründe in Betracht. Erstens ist es für den Verletzten von der größten Wichtigkeit, auch auf Grund einer in Unzurechnungsfähigkeit oder doch schuldlos verübten Verletzung die Unterlassungsklage zu haben. Gerade weil er wegen weiterer solcher Verletzungen keinen Schadenersatz verlangen kann, muß ihm doppelt daran liegen, ihnen vorzubeugen. Zweitens ist es gegenüber dem Verletzer auch keine allzugroße Härte, daß seine in Unzurechnungsfähigkeit oder doch schuldlos erfolgte Verletzung die Unterlassungsklage begründet. Die Verurteilung zur Unterlassung bedeutet für ihn, abgesehen von den Kosten, nur eine Steigerung einer bereits vorhandenen Verpflichtung[1].

Der Satz, daß gleich der schuldhaften auch die schuldlose und sogar die in Unzurechnungsfähigkeit verübte Rechtsverletzung die Unterlassungsklage hervorruft, gilt natürlich nur dort, wo überhaupt eine schuldlose und eine in Unzurechnungsfähigkeit verübte Rechtsverletzung möglich ist. Die meisten Ansprüche richten sich einfach auf ein gewisses Verhalten, dies gilt auch für die mittelbar in Schadenersatz- oder Strafvorschriften anerkannten Ansprüche[2]: hier kann eine Verletzung in jedem entgegengesetzten Verhalten, auch in dem schuldlos oder gar in Unzurechnungsfähigkeit erfolgten, liegen. Einige Ansprüche gehen jedoch nur auf das Unterbleiben eines gewissen schuldhaften Verhaltens, so z. B. der Anspruch jedes Menschen, nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich geschädigt zu werden[3]: hier kann die Verletzung nur in einem schuldhaften Verhalten bestehen. Während in jenen weitaus überwiegenden Fällen auch wegen schuldloser und in Unzurechnungsfähigkeit verübter Verletzung auf Unterlassung geklagt werden kann, ist in diesen die Ausnahme bildenden Fällen die Unterlassungsklage nur wegen schuldhafter Verletzung möglich.

---

1) Darüber daß mit dem Unterlassungsgebot eine Strafdrohung nur für den Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung verbunden werden kann, siehe das fünfte Kapitel.

2) Näheres oben S. 119/121.

3) Näheres oben S. 121.

Digitized by Google

Damit eine Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung erfolgen kann, muß die Rechtsverletzung, die die zweite Voraussetzung der Unterlassungsklage bildet, bis zur Zeit des Urteils erfolgt sein. Dagegen braucht sie nicht zu dieser Zeit auch noch fortzubauern.

Die Rechtsverletzung kann zur Zeit des Urteils bereits der Vergangenheit angehören[1].

Es ist kein Grund vorhanden, weshalb die Unterlassungsklage nur zum Schutz gegen eine ununterbrochen fortgesetzte, nicht aber auch gegen eine regelmäßig wiederholte Verletzung gegeben sein sollte. Die Unterlassungsklage ist bestimmt, eine Verletzungsgefahr zu beseitigen, eine solche kann auch nach Beendigung der erfolgten Verletzung noch bestehen. Die erfolgte Verletzung ist nur deshalb Bedingung der Unterlassungsklage, weil die Verletzungsgefahr einmal zur äußeren Erscheinung gekommen sein soll[2], diese Bedeutung kann aber eine beendigte so gut wie eine noch fortdauernde Verletzung haben.

Die Unterlassungsklage gemäß §§ 1018, 1632 BGB., § 11 litt. UrhGes., § 60 HGB. ist hiernach nicht nur gegeben, wenn der Beklagte den Kläger fortgesetzt an der Ausübung einer ihm zustehenden Wegegerechtigkeit hindert, ihm dauernd sein Kind vorenthält, sein Drama fortgesetzt unbefugt verbreitet, als sein Hand-

1) Ebenso für die Unterlassungsklage des Inhabers eines Warenzeichens Kent WarenbezGes. S. 280/281, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Pinner WettbewGes. S. 48, Birkenbihl Unlaut. Wettbew. S. 55, Marcus in der D.JurZtg. Bd. 8 S. 173, die Urteile des Oberlandesgerichts Kiel vom 4. März 1898 (Seufferts Arch. Bd. 54 Nr. 22) des Oberlandesgerichts Dresden vom 6. Februar 1900 (Ann. d. OLG. Dresden Bd. 21 S. 346) und des Reichsgerichts vom 11. Juni 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 49). Dagegen fordert Müller WettbewGes. (4) S. 55, ohne Angabe von Gründen, für die Unterlassungsklagen gegenüber unlauterem Wettbewerb eine bis zur Gegenwart fortgesetzte Rechtsverletzung. Nur scheinbar tun dies für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Kohler Handb. d. PatR. S. 543, Isay PatGes. Note 152 zu § 4, Seligsohn PatGes. (2) S. 104/105 und für die Unterlassungsklage des Inhabers eines Warenzeichens das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 10. Oktober 1899 (PatMustZeichBl. Bd. 6 S. 327): sie erklären zwar eine gegenwärtige Störung für erforderlich, betrachten aber eine solche auch dort als vorhanden, wo die Störung bereits beendigt und nur eine neue Störung zu befürchten ist.

2) Siehe oben S. 157/158.

lungsgehilfe ohne seine Zustimmung ein eigenes Handelsgewerbe betreibt, sondern auch dann, wenn er nur früher einmal den Kläger an der Ausübung der Wegegerechtigkeit gehindert, sein Drama unbefugt auf die Bühne gebracht, ihm sein Kind entführt, als sein Handlungsgehilfe in dem gleichen Handelszweige Geschäfte gemacht hat, vorausgesetzt daß Wiederholung zu befürchten ist.

Ja es genügt sogar, wenn die Rechtsverletzung gegen einen Rechtsvorgänger des Klägers erfolgt ist[1], und es macht hierbei keinen Unterschied, ob das ganze Recht des Rechtsvorgängers auf den Kläger übergegangen ist oder nur ein aus ihm abgespaltenes engeres Recht, das den vom Beklagten verletzten Teil jenes Rechtes umfaßt.

Es ist nicht einzusehen, weshalb die durch eine Rechtsverletzung zum Schutz eines Rechts entstandene Unterlassungsklage bei dem Übergang des Rechts auf einen anderen Berechtigten untergehen und damit dem Verletzer ein ganz ungerechtfertigter Vorteil zufallen sollte. Die Unterlassungsklage soll die Gefahr künftiger Verletzung beseitigen, diese Gefahr kann auch nach Eintritt einer Rechtsnachfolge weiterbestehen. Die bereits erfolgte Verletzung wird nur deshalb gefordert, weil die Verletzungsgefahr einmal zur äußeren Erscheinung gekommen sein soll, diese Bedeutung behält sie aber auch nach Eintritt einer Rechtsnachfolge.

Hat also ein Landwirt ein ihm benachbartes Grundstück im letzten Sommer mehrfach unbefugt beweiden lassen, ist während des Winters das Eigentum an diesem Grundstück auf mich übergegangen oder mir daran eine die ausschließliche Beweidung gewährleistende Grunddienstbarkeit bestellt worden, hat sich vorerst das

1) So für die Unterlassungsklage des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterer Reklame Th. Wolff im Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S. 17. Dasselbe ist gemeint, wenn man sagt, die Unterlassungsklage gehe auf den Rechtsnachfolger über, so für die Unterlassungsklage zum Schutz des Patentrechts Kohler Handb. d. PatR. S. 548, für die Unterlassungsklage zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen Kohler Markenschutz S. 332, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Pinner WettbewGes. S. 47, Finger WettbewGes. S. 58. Unrichtig ist dagegen die Ansicht, daß dem Rechtsnachfolger die Unterlassungsklage nur auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Übertragung zustehe, so für die Unterlassungsklage zum Schutz des Rechts an einem Warenzeichen Kent WarenbezGes. S. 290/291, Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12.

Digitized by Google

unrechtmäßige Beweiden nicht wiederholt, bleibt aber die Wiederholung zu besorgen, so kann ich gemäß §§ 903, 1018 BGB. auf Unterlassung klagen. Oder wenn ein Bühnenleiter das Urheberrecht eines Schriftstellers an einem Drama durch unbefugte Aufführungen verletzt hat, wenn nachher ein Verleger das Urheberrecht oder auch nur ein daraus abgeleitetes ausschließliches Aufführungsrecht erworben hat, wenn seitdem jener Bühnenleiter keine unrechtmäßige Aufführungen mehr veranstaltet hat, aber solche voraussichtlich doch wieder veranstalten wird, so hat der Verleger gemäß § 11 litt. UrhGes. die Unterlassungsklage.

3.

Drittens setzt die Unterlassungsklage voraus, daß der Kläger auf Grund der erfolgten Verletzung ein künftiges sein Recht verletzendes Tun des Beklagten zu befürchten hat.

Diese Voraussetzung ist freilich nur bei einem Teil der einzelnen Unterlassungsklagen ausgesprochen, die unser Recht anerkennt.

So bei den Unterlassungsklagen zum Schutz des Eigentums (§ 1004 BGB.), des Erbbaurechts (§ 1017 BGB.), der Grunddienstbarkeiten (§ 1027 BGB.), des Nießbrauchs (§ 1065 BGB.), der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB.) und des Pfandrechts (§ 1227 BGB.). Ferner bei den Unterlassungsklagen zum Schutz des Sachbesitzes (§ 862 BGB.), des Besitzes der Grunddienstbarkeiten (§ 1090 BGB.) und des Besitzes der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1227 BGB.). Endlich bei der Unterlassungsklage zum Schutz des Namenrechts (§ 12 BGB.). Hier überall ist die Klage auf Unterlassung ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß eine Rechtsverletzung stattgefunden hat und „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen" sind.

Bei einem Teil der einzelnen Unterlassungsklagen, die unser Recht anerkennt, ist es anders.

Nach § 1 WettbewGes. kann, wenn ein Gewerbtreibender öffentlich gewisse unrichtige Angaben macht, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen geeignet sind, jeder Gewerbtreibende desselben Gewerbszweiges ihn auf Unterlassung

12*

Digitized by Google

der Angaben in Anspruch nehmen. Nach § 6 WettbewGes. kann ein Gewerbtreibender, über dessen Geschäft jemand zu Zwecken des Wettbewerbs herabwürdigende Behauptungen aufstellt, den Anspruch geltend machen, daß die Wiederholung oder Verbreitung der Behauptungen unterbleibt. Nach § 8 WettbewGes. kann ein Gewerbtreibender, wenn jemand, um Verwechselungen mit ihm herbeizuführen, einen ähnlichen Namen, eine ähnliche Firma oder Geschäftsbezeichnung benutzt, den Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung geltend machen. § 1134 BGB. bestimmt für die Hypothek, § 1192 BGB. für die Buchschuld, § 1107 BGB. für die Reallasten, daß der Berechtigte auf Unterlassung klagen kann, wenn jemand auf das Grundstück derart einwirkt, daß eine die Sicherheit seines Rechts gefährdende Verschlechterung zu besorgen ist. Ähnlich bestimmen § 550 BGB. für das Forderungsrecht des Vermieters, § 581 BGB. für das des Verpächters, §§ 1053, 1068 BGB. für das des Hauptberechtigten beim Nießbrauch, daß der Berechtigte auf Unterlassung klagen kann, wenn der andere Teil einen unbefugten Gebrauch macht und ihn ungeachtet einer Abmahnung fortsetzt. Nach § 37 HGB. endlich kann, wenn jemand eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, der dadurch in seinen Rechten Verletzte die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Bei allen diesen Unterlassungsklagen ist in keiner Weise ausgesprochen, daß die Unterlassungsklage nur bei Gefahr weiterer Beeinträchtigungen stattfinde.

Trotzdem sind auch sie durch diese Gefahr bedingt[1]. Wir können nicht annehmen, daß das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes die Unterlassungsklagen zum Schutz des

---

1) Ebenso für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Stein Voraussf. d. RSchutzanspr. S. 123, das Urteil des Reichsgerichts vom 11. Juni 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 49) und das des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 25. April 1902 (Recht 1902 S. 376). Dagegen glauben Schmid Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigentums S. 299, Pinner WettbewGes. S. 48, der Gewerbetreibende habe eine Klage auf Unterlassung unlauteren Wettbewerbs, auch ohne daß künftige Verletzung zu befürchten sei, und ebenso wollen Planck BGB. (3) Note 2a zu § 1134 und Biermann Sachenr. (2) Note 1 zu § 1134 dem Hypothekengläubiger die Klage auf Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Rechts auch beim Nichtbestehen einer Verletzungsgefahr gewähren.

Digitized by Google

Rechtes des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen auch beim Nichtbestehen einer Beeinträchtigungsgefahr gewähren wollte, während bei seinem Erlaß alle anderen Unterlassungsklagen, selbst die zum Schutz der wichtigsten Rechte dienenden, in sämtlichen deutschen Rechtsgebieten eine solche Gefahr zur Voraussetzung hatten. Wir können es auch nicht als den Willen des Bürgerlichen Gesetzbuchs betrachten, dem Hypothekengläubiger, dem Grundschuldberechtigten, dem Reallastberechtigten, dem Vermieter, dem Verpächter und dem Hauptberechtigten beim Nießbrauch die Unterlassungsklage ohne Beeinträchtigungsgefahr zur Verfügung zu stellen, dagegen dem Eigentümer, dem Erbbauberechtigten und dem Nießbraucher nur beim Bestehen einer solchen Gefahr, sodaß z. B. bei Beschädigung eines Hauses durch den Mieter möglicherweise der Vermieter und auch der Hypothekengläubiger, nicht aber der Eigentümer die Unterlassungsklage haben würde. Auch für den Willen des Handelsgesetzbuchs können wir es nicht halten, während alle anderen Unterlassungsklagen, insbesondere auch die vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Schutz des Namenrechts verliehene, eine Beeinträchtigung voraussetzen, ganz allein zum Schutz des Firmenrechts eine Unterlassungsklage ohne solche Gefahr zu gewähren. Namentlich aber können wir das nicht annehmen, daß nach allen diesen Bestimmungen eine Klage, die eine Gefahr abzuwenden bestimmt ist, auch beim Nichtvorhandensein einer Gefahr stattfinden sollte. Unter diesen Umständen bleibt uns nur die Annahme übrig, daß auch diese Unterlassungsklagen die Gefahr weiterer Beeinträchtigungen voraussetzen.

Weshalb aber hat man diese Voraussetzung bei ihnen nicht ausgesprochen? Weil man hier nur an den häufigen Fall einer bis zur Gegenwart fortgesetzten Verletzung dachte, in welchem die Gefahr der künftigen Verletzung als selbstverständlich erscheint. Daß man nicht etwa die Absicht hatte, diese Unterlassungsklagen unter besonders leichten Voraussetzungen zu gewähren, tritt deutlich hervor bei § 550 BGB. Die zweite Kommission, deren Werk er ist, begründete seine Fassung damit[1], die Unterlassungsklage des Vermieters werde angemessen in der Voraussetzung und dem Ziele

1) Prot. d. zweiten Lesung d. BGB. Bd. 2 S. 188.

Digitized by Google

der negatorischen Eigentumsklage nachgebildet, nur sei es zweckmäßig, an Stelle der allgemeiner gehaltenen Voraussetzung, daß weitere Beeinträchtigungen nach den Umständen zu besorgen seien, hier die bestimmter gefaßte Voraussetzung zu setzen, daß der Mieter den vertragswidrigen Gebrauch trotz Verbotes des Vermieters fortsetze, auf diese Weise werde verhindert, daß der Vermieter wegen jeder geringfügigen Vertragswidrigkeit des Mieters ohne weiteres sofort zur Klage schreite.

Da somit alle einzelnen Unterlassungsklagen unseres Rechts durch die Gefahr künftiger Verletzung bedingt sind, so muß notwendig auch die aus ihnen abgeleitete allgemeine Unterlassungsklage diese Gefahr zur Voraussetzung haben[1].

Was bedeutet diese dritte Voraussetzung der Unterlassungsklage?

Erstens, der Kläger muß ein sein Recht verletzendes Tun des Beklagten zu befürchten haben.

Das heißt, er muß zunächst eine Rechtsverletzung zu befürchten haben. Wo jemand etwas ihm Nachteiliges besorgen muß, das sich aus irgend einem Grunde nicht als Rechtsverletzung darstellt, kann die Unterlassungsklage nicht in Betracht kommen[2].

1) Die Wiederholungsgefahr muß gleich den anderen Voraussetzungen der Unterlassungsklage vom Kläger bewiesen werden. So für die Unterlassungsklage des Eigentümers Biermann Sachenr. (2) Note 3 b zu § 1004. Dagegen behaupten Isay PatGes. Note 152 zu § 4 für die Unterlassungsklage des Patentinhabers, Kent WarenbezGes. S. 280/281 für die des Inhabers eines Warenzeichens, daß die Wiederholungsgefahr vermutet werde. Diese Behauptung entbehrt jeder Grundlage, es ist nicht einzusehen, weshalb bei der Unterlassungsklage dem Kläger der Beweis eines so wichtigen Teils seines Klaggrundes erlassen sein sollte. Stein Vorauss. d. RSchutzanspr. S. 123 ist der Meinung, die Wiederholungsgefahr werde bei denjenigen Unterlassungsklagen vermutet, bei denen dieses Erfordernis nicht ausdrücklich bezeichnet sei (z. B. bei den Unterlassungsklagen der §§ 1, 6, 8 WettbewGes.). Aber in diesen Vorschriften ist das Erfordernis der Wiederholungsgefahr nicht deshalb unausgesprochen geblieben weil die Gesetze weniger wichtige Unterlassungsklagen gegenüber wichtigeren erleichtern wollten, sondern deshalb, weil die Verfasser nicht daran dachten, die Voraussetzungen der gewährten Unterlassungsklagen sorgfältig zu bestimmen.

2) Näheres oben S. 160/164.

Digitized by Google

Daher hat z. B. der Urheber eines bereits im Buchhandel erschienenen Tonwerks nicht die Unterlassungsklage, wenn er nur zu befürchten hat, daß jemand das Werk mit unentgeltlich mitwirkenden Kräften zu einem wohltätigen Zweck zur Aufführung bringt (§ 27 litt. UrhGes.).

Sodann muß der Kläger gerade vom Beklagten eine Rechtsverletzung zu befürchten haben. Eine Unterlassungsklage gegen jemand kann nicht in Betracht kommen, wenn man von einem ganz anderen eine Verletzung besorgen muß[1].

Daher findet die Unterlassungsklage zwar gegen eine Körperschaft statt, wenn zu befürchten ist, daß eins ihrer Organe eine Rechtsverletzung begeht, denn das Verhalten der Organe, das rechtswidrige wie das rechtmäßige, gilt als Verhalten der Körperschaft. Dagegen kann nicht schon deshalb gegen jemand auf Unterlassung geklagt werden, weil in seinen Angelegenheiten ein anderer, z. B. ein Vertreter oder Bediensteter, eine Rechtsverletzung zu begehen droht: es gibt keinen Rechtssatz, nach welchem das rechtswidrige Verhalten eines anderen in meinen Angelegenheiten als mein rechtswidriges Verhalten zu gelten hätte.

Endlich muß die Rechtsverletzung, die der Kläger von dem Beklagten zu befürchten hat, ein Tun sein. Eine Klage auf Unterlassung kann nicht in Betracht kommen, wo die drohende Verletzung selbst ein Unterlassen ist.

Daher hat z. B. ein Vermieter dem Mieter gegenüber nicht schon deshalb die Unterlassungsklage, weil er besorgen muß, daß entgegen dem Mietvertrage Angehörige des Mieters nach Mitternacht in dessen Wohnung Klavier spielen werden. Denn die Verletzung, die ihm von dem Mieter droht, besteht nur in einem Unterlassen, nämlich darin, daß er seine Angehörigen nicht am Klavierspiel hindert. Und ebenso kann der Eigentümer eines Grundstücks eine Unterlassungsklage gegen den Eigentümer des Nachbargrundstücks nicht darauf stützen, daß von dessen Mieter Ruhestörungen zu befürchten sind und der Eigentümer in der Lage ist, diese Ruhestörungen zu verhindern[2]. Selbst wenn man nämlich annehmen

1) Näheres oben S. 164/167.

2) Eine solche Klage wird vielfach für möglich gehalten. So z. B. von Kober Sachenr. Note 3b zu § 1004, Crome Bgl.R. Bd. 3 S. 426, Endemann

Digitized by Google

wollte, der Eigentümer eines Grundstücks sei den Eigentümern der Nachbargrundstücke gegenüber verpflichtet, seine Mieter an Rechtsverletzungen zu verhindern[1], so könnte doch gegen den Eigentümer wegen einer zu befürchtenden Verletzung dieser Hinderungspflicht nicht auf Unterlassung geklagt werden. Denn diese von ihm drohende Verletzung wäre kein Tun, sondern ein Unterlassen.

Daher hat man ferner gegenüber demjenigen, in dessen Angelegenheiten ein anderer, etwa ein Vertreter oder Bediensteter, eine Rechtsverletzung zu begehen droht, auch nicht etwa deshalb die Unterlassungsklage, weil jener vielleicht verpflichtet ist, die Verletzung zu verhüten, (so z. B. nach § 831 BGB., §§ 485, 734 HGB., § 3 Binnenschiffahrtsges., § 2 HaftpflGes.) und voraussichtlich diese Pflicht verletzen wird. Denn die drohende Verletzung der Verhütungspflicht ist ein Unterlassen und kein Tun. Namentlich kann man auch nicht, wenn von einem geschäftsführenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft in deren Angelegenheiten eine Patentverletzung oder sonstige Rechtswidrigkeit zu befürchten ist, gegen die anderen Gesellschafter auf Unterlassung klagen[2]. Allerdings haben nach Reichsgewohnheitsrecht die sämtlichen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft dafür zu sorgen, daß die geschäftsführenden Gesellschafter in den Angelegenheiten der Gesellschaft keine Rechtsverletzungen begehen[3], aber dennoch

---

Vgl. R. Bd. 2[1] (8, 9) § 91 Note 21, Gierke D. PrivR. Bd. 2 S. 512, in den Urteilen des Reichsgerichts vom 27. Dezember 1900 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 47 Nr. 37) und vom 18. Januar 1902 (Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 650) und in dem des Kammergerichts vom 12./19. März 1901 (RSpr. d. OLG. Bd. 2 S. 315.)

1) Hiergegen mit Recht Biermann Sachenr. (2) Note 2 b zu § 1004, Leonhard zu Eck Vorträge Bd. 1 (1, 2) S. 487.

2) Eine solche Klage halten viele für möglich. So für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Kohler Handb. d. PatR. S. 551, Seligsohn PatGes. (2) S. 106 und das Urteil des Reichsgerichts vom 30. September 1899 (PatMustZeichBl. Bd. 5 S. 292), für die des Inhabers eines Warenzeichens Seligsohn WarenbezGes. Note 14 zu § 12, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Müller WettbewGes. (4) S. 65, Bachem u. Roeren WettbewGes. S. 62, Finger WettbewGes. S. 62.

3) Siehe Entw eines HGB. nebst Denkschr. (amtl. Ausg.) S. 93 der Denkschrift, Entw. eines HGB. nebst Denkschr. i. d. Fass. d. dem Reichstag gem. Vorl. (Guttentagsche Ausg.) S. 100 der Denkschrift, Cosack Handelsr. (6) S. 499/500, Staub HGB. (6, 7) Note 1 zu § 126, Dernburg Bgl. R. Bd. 2[2] (3) S. 645, Brückner im Recht 1901 S. 341, Hellwig Anspr. u. Klagr. S. 274.

Digitized by Google

kann, wo von einem geschäftsführenden Gesellschafter ein rechtswidriges Tun droht, nur gegen ihn, nicht auch gegen die übrigen Gesellschafter auf Unterlassung geklagt werden. Denn die von diesen drohende Verletzung ist ja nur das Nichtverhüten einer Verletzung, also kein Tun, sondern ein Unterlassen.

Zweitens muß der Kläger das rechtswidrige Tun des Beklagten auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung zu befürchten haben.

Es genügt nicht, daß die Gefahr der künftigen Verletzung besteht, diese Gefahr muß auch in der vorausgegangenen Verletzung zur Erscheinung gekommen sein. Ist mein Nachbar unbefugt über mein Grundstück gefahren und habe ich keinen Grund, die Wiederholung zu befürchten, muß ich aber ganz unabhängig davon aus irgend einem Grunde die Besorgnis hegen, daß er sein Grundstück vertiefen und hierdurch dem Boden meines Grundstücks die erforderliche Stütze entziehen werde, so kann ich doch nicht auf Unterlassung klagen. Denn die Gefahr der künftigen Verletzung meines Eigentums ist in der vorausgegangenen Verletzung nicht zur Erscheinung gekommen.

Aber woraus ergibt sich dies Erfordernis? Daß die Unterlassungsklage nur dort stattfindet, wo die Verletzungsgefahr in der erfolgten Verletzung zur Erscheinung gekommen ist, hat in den Bestimmungen unseres Rechts über einzelne Unterlassungsklagen keinen Ausdruck gefunden. Wo unser Recht als Bedingung einer einzelnen Unterlassungsklage die Gefahr künftiger Verletzung bezeichnet, da heißt es überall nur, daß „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen", nicht aber auch, daß sie auf Grund der erfolgten Beeinträchtigung zu besorgen sein müssen.

Trotzdem dürfen wir nicht daran zweifeln, daß wie jede einzelne so auch die allgemeine Unterlassungsklage dies Erfordernis hat. Die Unterlassungsklage gegenüber der drohenden Rechtsverletzung ist nur deshalb von einer vorausgegangenen Rechtsverletzung abhängig, weil die Verletzungsgefahr in einer erfolgten Verletzung zur Erscheinung gekommen sein soll[1]. Sie kann daher

1) Siehe oben S. 157/158.

nicht begründet sein, wo eine Verletzung und daneben ganz unabhängig von ihr die Gefahr einer künftigen Verletzung vorliegt, sondern nur dort, wo die vorausgegangene Verletzung zugleich ein Ausdruck der Verletzungsgefahr ist.

Drittens muß der Kläger das rechtswidrige Tun des Beklagten auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung zu befürchten haben.

Die künftige Verletzung muß auf Grund der vergangenen nicht nur dem Kläger wahrscheinlich vorkommen, sondern in der Tat wahrscheinlich sein. Dies ist überall der Fall, wo die Einflüsse, deren Ergebnis die frühere Verletzung gewesen ist, gegenwärtig noch fortwirken und auch nicht durch neuere Gegeneinflüsse entkräftet werden.

Etwa ein Fabrikant hat aus Gewinnsucht ein dem Kläger patentiertes Verfahren unbefugt angewandt (§ 4 PatGes.), die geschiedene Frau des Klägers hat ihm aus mütterlicher Sehnsucht das Kind entführt (§ 1636 BGB.), ein Mitbewohner des vom Kläger bewohnten Hauses hat aus Leichtsinn den Boden mit unverwahrtem Licht betreten (§ 368 Nr. 5 StGB.), eine Hebamme hat aus Geschwätzigkeit ein ihr von der Klägerin anvertrautes Geheimnis ausgeplaudert (§ 300 StGB.), ein Nachbar des Klägers ist, in dem Glauben, eine Wegegerechtigkeit zu haben, über sein Grundstück gefahren (§ 903 BGB.), ein Mitgesellschafter des Klägers hat auf Grund einer unrichtigen Auslegung des Gesellschaftsvertrages gegen seinen Widerspruch ein Geschäft vorgenommen (§ 711 BGB.). Ob in derartigen Fällen die weitere Verletzung wahrscheinlich ist, läßt sich immer nur im Hinblick auf die besonderen Umstände entscheiden.

In der Regel wird man die weitere Verletzung als wahrscheinlich betrachten dürfen. Fast immer sind die Gewinnsucht des Fabrikanten, die Sehnsucht der Mutter, der Leichtsinn des Mitbewohners, die Geschwätzigkeit der Hebamme, der Glaube des Nachbars, daß er eine Wegegerechtigkeit habe, und die Auffassung des Mitgesellschafters von dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages fortwirkende Tatsachen, die, wie sie bereits zu einer Verletzung

Digitized by Google

geführt haben, voraussichtlich über kurz oder lang zu weiteren Verletzungen führen werden.

Besondere Umstände können aber bewirken, daß trotzdem die weitere Verletzung nicht wahrscheinlich ist. Z. B. der Nachbar, der mit Unrecht eine Wegegerechtigkeit in Anspruch nahm, hat sein Grundstück veräußert und kommt daher nicht mehr in die Lage, den Weg zu befahren. Der Gesellschafter, der ein Geschäft gegen den Widerspruch des Mitgesellschafters vorgenommen hat, ist zu der Überzeugung gelangt, daß seine Auslegung des Gesellschaftsvertrages unrichtig war. Der Fabrikant, der unbefugt ein patentiertes Verfahren angewandt hat, ist mit einer Strafanzeige bedroht worden, und die Furcht überwiegt jetzt bei ihm die Gewinnsucht.

Um zu erfahren, ob auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung eine weitere zu befürchten ist, müssen wir also die Einflüsse festzustellen suchen, aus denen sie hervorgegangen ist. Wir dürfen uns nicht mit der Außenseite der Dinge begnügen. Wir müssen uns davor hüten, schon darum die Wahrscheinlichkeit künftiger Verletzung als gegeben zu betrachten, weil mehrfach und vielleicht noch in jüngster Zeit ähnliche Verletzungen erfolgt sind. Wir müssen uns ebenso davor hüten, eine künftige Verletzung schon deshalb als unwahrscheinlich anzusehen, weil nur eine einzige Verletzung, vielleicht vor längerer Zeit, stattgefunden hat[1]. Die zahlreichen neuen Verletzungen können auf einer Ursache beruhen, die inzwischen zu wirken aufgehört hat. Der einen älteren Verletzung kann eine Ursache zugrunde liegen, die selten, aber darum nicht minder sicher wirkt.

Die die Unterlassungsklage bedingende Gefahr eines rechtswidrigen Tuns kann auf *mannigfache* Art gegeben sein.

Zunächst kann dem Kläger ein *sehr verschiedenes rechtswidriges Tun* drohen.

1) Daß auch auf Grund einer einzigen Verletzung die Gefahr künftiger Verletzung als bestehend angenommen werden kann, spricht *Planck* BGB. (3) Note 2b zu § 1004 für die Unterlassungsklage des Eigentümers aus, das Urteil des *Reichsgerichts* vom 11. Oktober 1901 (Jur. Wochenschr. 1901 S. 808) für die dem Inhaber eines Warenzeichens zustehende Unterlassungsklage. Dagegen leugnen es, ohne Begründung, für die Unterlassungsklage des Eigentümers *Dernburg* Bgl. R. Bd. 3 (3) § 125 Note 9 und *Crome* Bgl. R. Bd. 3 S. 424

Die Unterlassungsklage findet nicht nur statt, wenn der Kläger befürchten muß, daß der Beklagte ihm den Genuß eines ihm von der Rechtsordnung gewährleisteten Gutes entzieht oder ihn darin stört oder sich den Mitgenuß des Gutes anmaßt, sondern auch wenn er nur eine rechtswidrige Gefährdung des Gutes, ja sogar wenn er nur den rechtswidrigen Beginn eines Tuns der einen oder anderen Art, einen Angriff oder Versuch, zu befürchten hat[1].

Die Unterlassungsklage ist ferner nicht nur gegeben, wenn dem Kläger vom Beklagten eine sonstige rechtswidrige Handlung, sondern auch wenn ihm von jenem nur eine rechtswidrige Äußerung droht[2]. Nicht nur wenn der Kläger vom Beklagten ein selbständiges rechtswidriges Tun, sondern auch wenn er von ihm nur die rechtswidrige Verursachung oder Unterstützung einer fremden Rechtsverletzung, Anstiftung oder Beihilfe, befürchten muß[3]. Nicht nur wenn dem Kläger vom Beklagten ein rechtswidriges Tun in eigenen Angelegenheiten, sondern auch wenn ihm von jenem ein rechtswidriges Tun in Angelegenheiten eines andern, etwa als dessen gesetzlicher Vertreter oder Bediensteter, droht[4].

Die Unterlassungsklage ist endlich nicht nur begründet, wenn der Kläger vom Beklagten eine schuldhafte, sei es vorsätzliche sei es fahrlässige, Rechtsverletzung zu befürchten hat, sondern nicht minder auch dann, wenn er besorgen muß, daß jener schuldlos oder selbst in einem Zustande von Unzurechnungsfähigkeit eine Rechtsverletzung ausführt[5].

Sodann kann das dem Kläger drohende rechtswidrige Tun nicht nur von derselben Art wie die erfolgte Rechtsverletzung, sondern auch von anderer Art sein.

Manche Rechte enthalten eine ganze Anzahl verschiedener Ansprüche auf ein Unterlassen. So enthält z. B. das Recht des Urhebers eines Bühnenwerkes den Anspruch, daß niemand das Werk vervielfältigt, daß niemand es gewerbsmäßig verbreitet, daß nie-

1) Siehe oben S. 168/170.
2) Siehe oben S. 170/171.
3) Siehe oben S. 171/172.
4) Siehe oben S. 172/173.
5) Siehe oben S. 173/176.

Digitized by Google

mand es öffentlich aufführt, daß niemand, solange nicht sein wesentlicher Inhalt öffentlich mitgeteilt ist, solche Mitteilungen macht, daß niemand mit einem derartigen Tun auch nur beginnt (§ 11 litt. UrhGes., § 227 BGB.).

Die meisten dieser Ansprüche können wieder durch sehr verschiedene Handlungen verletzt werden. So z. B. das Recht des Urhebers auf Unterlassung der Vervielfältigung zunächst durch das Setzen eines Nachdrucks, sodann durch den Abdruck des Satzes, außerdem durch hektographische oder autographische Vervielfältigung oder bloßes Abschreiben, endlich auch dadurch, daß nicht das Werk selbst, sondern nur eine Bearbeitung des Werkes in dieser Weise vervielfältigt wird.

Die Unterlassungsklage nun findet nicht nur statt, wo der Kläger befürchten muß, daß der bereits verletzte Anspruch wiederum auf dieselbe Weise verletzt wird, sondern auch wo er eine anders geartete Verletzung dieses Anspruchs, ja sogar dort wo er nur die Verletzung eines andern zu demselben Recht gehörigen Anspruchs zu befürchten hat, vorausgesetzt nur daß die Gefahr dieser Verletzung in der erfolgten Verletzung zutage getreten ist. Der Urheber eines Schauspiels hat also die Unterlassungsklage nicht nur, wenn jemand bereits Exemplare eines Nachdrucks verkauft hat und weitere Exemplare zu verkaufen beabsichtigt, sondern auch wenn der Nachdrucker bis jetzt erst die Arbeit des Setzens beendigt hat und nunmehr zum Abdruck des Satzes übergehen will, und ebenso wenn jener den Nachdruck fertiggestellt hat und demnächst mit dem Verkauf zu beginnen gedenkt.

Daß die Unterlassungsklage auch dort gegeben ist, wo dem Kläger eine anders geartete Rechtsverletzung als die vorausgegangene droht, kommt in den Bestimmungen unseres Rechts über einzelne Unterlassungsklagen ziemlich deutlich zum Ausdruck. Überall, wo diese Bestimmungen von der drohenden Rechtsverletzung reden, tun sie es auf die allgemeinste Weise. Z. B. bestimmt § 12 BGB.: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beein-

Digitized by Google

trächtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen". Ganz in der gleichen Weise reden die §§ 1004 und 862 BGB. Nirgends wird hier gesagt, daß gleiche oder ähnliche Beeinträchtigungen drohen müssen, überall wird als Voraussetzung der Unterlassungsklage nur die Gefahr irgendwelcher weiterer Beeinträchtigungen desselben Rechts gefordert.

Aber selbst wenn die Fassung dieser Bestimmungen sich nicht heranziehen ließe, so müßten wir dennoch annehmen, daß auch das Drohen einer anders gearteten Rechtsverletzung zur Begründung der Unterlassungsklage genügt. Die Unterlassungsklage ist nur deswegen durch eine vorausgegangene Rechtsverletzung bedingt, weil das Drohen der künftigen Verletzung in einer bereits erfolgten Verletzung zu Tage getreten sein soll[1]. Sie muß daher überall möglich sein, wo die Gefahr einer künftigen Verletzung in einer erfolgten Verletzung zur Erscheinung gekommen ist. Nun kann aber in einer vorausgegangenen Verletzung recht wohl die Gefahr einer ganz anders gearteten Verletzung ihren Ausdruck gefunden haben, z. B. in dem Nachdrucken eines Bühnenwerkes die Gefahr seiner unrechtmäßigen Verbreitung und Aufführung, und deshalb muß die Unterlassungsklage auch dort möglich sein, wo die drohende Rechtsverletzung von anderer Art ist als die bereits erfolgte.

Endlich kann das dem Kläger drohende rechtswidrige Tun sowohl eine *Fortsetzung der erfolgten Rechtsverletzung* wie eine *neue selbständige Rechtsverletzung* sein.

Vielfach bildet eine Rechtsverletzung mit anderen eine Einheit: sie ist nicht für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit jenen gewollt. So z. B. wenn der Pächter eines Gutes ohne Erlaubnis des Verpächters auf einem der gepachteten Grundstücke ein Gebäude errichtet und in diesem eine Gastwirtschaft betreibt (§ 583 BGB.), oder wenn ein Fabrikant ohne Ermächtigung des Patentinhabers ein patentiertes Verfahren anwendet und die damit hergestellten Gegenstände in den Handel bringt (§ 4 PatGes.). Ist eine solche Verletzung erfolgt und gehört die drohende weitere Ver-

1) Siehe oben S. 157/158.

Digitized by Google

letzung mit ihr zu derselben Einheit, so sagen wir, daß die Fortsetzung der erfolgten Rechtsverletzung droht.

Eine Rechtsverletzung kann aber auch neben anderen völlig selbständig dastehen: sie sind von demselben Menschen begangen, vielleicht auch von gleicher Art, aber jede von ihnen ist für sich allein gewollt. So ist es z. B., wenn ein Arzt mehrfach unbefugt über ein ihm anvertrautes Leiden plaudert (§ 300 StGB.), oder wenn jemand das Waldgrundstück seines Nachbarn wiederholt durch unvorsichtiges Feueranzünden gefährdet (§ 368 Nr. 6 StGB.). Ist eine Verletzung dieser Art erfolgt und droht auch für die Zukunft eine solche, so sagen wir, daß eine neue Rechtsverletzung, bei einer gewissen Ähnlichkeit auch wohl, daß die Wiederholung der erfolgten Rechtsverletzung droht.

Die Unterlassungsklage findet nun ebensowohl statt, wo der Kläger die Fortsetzung einer vom Beklagten begonnenen Rechtsverletzung, wie auch dort, wo er eine neue selbständige Rechtsverletzung, namentlich die Wiederholung einer beendigten oder abgebrochenen, zu befürchten hat. Der Verpächter kann ebenso gegenüber der Fortsetzung des vom Pächter unbefugt begonnenen Gastwirtschaftsbetriebes auf Unterlassung klagen wie der Eigentümer eines Waldgrundstückes gegenüber der Wiederholung des unvorsichtigen Feueranzündens durch den Nachbar.

In den Vorschriften unseres Rechts über einzelne Unterlassungsklagen hat das allerdings keinen Ausdruck gefunden. Wo unser Recht als Bedingung einer einzelnen Unterlassungsklage die Gefahr künftiger Rechtsverletzung bezeichnet, da macht es überall die Unterlassungsklage davon abhängig, daß „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen“ sind. Man könnte dies so auffassen, als ob eine Unterlassungsklage nur beim Drohen neuer selbständiger Verletzungen gegeben wäre, nicht aber auch dort, wo die Fortsetzung einer begonnenen Verletzung zu befürchten ist.

Wir müssen aber annehmen, daß wie jede einzelne so die allgemeine Unterlassungsklage auch beim Drohen einer bloßen Fortsetzung der begonnenen Verletzung begründet ist. Unser Recht macht die Unterlassungsklage gegenüber einer drohenden Verletzung deshalb von einer vorausgegangenen Verletzung abhängig, weil die Verletzungsgefahr, wegen deren es sie gewährt, bereits in einer

Digitized by Google

Verletzung zur Erscheinung gekommen sein soll[1]. Wo die drohende Verletzung mit der bereits erfolgten eine Einheit bildet und nur im Zusammenhang mit ihr gewollt ist, da ist die Verletzungsgefahr besonders groß und ihr Zutagetreten in der erfolgten Verletzung besonders deutlich. Daher müssen wir annehmen, daß die Unterlassungsklage in gleicher Weise stattfindet, mag die Fortsetzung einer begonnenen oder mag eine neue selbständige Rechtsverletzung drohen.

Damit der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung verlangen kann, muß die Gefahr künftigen rechtswidrigen Tuns, welche die dritte Voraussetzung der Unterlassungsklage bildet, noch zur Zeit des Urteils bestehen[2].

Die Unterlassungsklage hat den Zweck, die Gefahr einer künftigen Verletzung abzuwenden. Wo diese Gefahr weggefallen ist, da hat eine Verurteilung zur Unterlassung keinen Sinn mehr.

Auch dann kann der Kläger keine Verurteilung zur Unterlassung mehr verlangen, wenn die Gefahr der künftigen Verletzung erst während des Rechtsstreits weggefallen ist. Dies darf freilich nicht schon auf Grund einer vorübergehenden Einstellung des verletzenden Tuns oder der Äußerung guter Vorsätze angenommen werden.

Hat also z. B. der beklagte Nachbar, der regelmäßig unbefugt über das Grundstück des Klägers gefahren war (§ 903 BGB.), vor Beginn des Rechtsstreites oder auch erst in dessen Verlauf sein Gut veräußert, hat der beklagte Mitgesellschafter, der bisher im Glauben an sein gutes Recht Geschäfte gegen den Widerspruch des Klägers vorgenommen hatte (§ 711 BGB.), unter dem Einfluß eines von ihm befragten Anwalts, vielleicht auch erst

1) Siehe oben S. 157/158.

2) Ebenso das Urteil des Reichsgerichts vom 5. Januar 1905 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 60 Nr. 2) und für die Unterlassungsklage des Eigentümers das Urteil des Reichsgerichts vom 11. Dezember 1901 (Jur. Wochenschr. 1902 S. 70), für die des Besitzers Planck BGB. (3) Note 2a zu § 862, Biermann Sachenr. (2) Note 4 zu § 862, Turnau u. Förster LiegenschR. (2) Note II 4 zu § 862, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb Müller WettbewGes. (4) S. 55, Pinner WettbewGes. S. 47.

Digitized by Google

des Richters die wirkliche Rechtslage eingesehen, so kann seine Verurteilung zur Unterlassung nicht mehr verlangt werden.

4.

Damit sind die Voraussetzungen der Unterlassungsklage bestimmt.

Der Kläger muß ein Privatrecht haben, kraft dessen er vom Beklagten ein Unterlassen fordern kann.

Der Beklagte muß dieses Recht verletzt haben, bei Forderungsrechten es außerdem später ungeachtet einer Abmahnung nochmals verletzt haben.

Auf Grund der erfolgten Verletzung muß ein künftiges das Recht verletzendes Tun des Beklagten zu befürchten sein.

Es gibt aber einige Ausnahmen von dieser Regel. In einigen Fällen ist die Unterlassungsklage nicht begründet, obwohl die bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind.

Der Besitzer, der in seinem Besitz verletzt worden ist und weitere Verletzungen befürchten muß, hat trotzdem nicht die Klage auf Unterlassung, wenn sein Besitz zur Zeit der Verletzung noch kein Jahr alt und dem Verletzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war (§§ 862, 1029, 1090 BGB.). Der Besitzer hat auch diesem Verletzer gegenüber ein Recht nicht verletzt zu werden, er darf sich der Verletzung mit Gewalt erwehren (§ 859 BGB.), aber eine Klage gegen den Verletzer und insbesondere die Unterlassungsklage hat er nicht. Hat also z. B. ein Bauer am 1. Juli 1905 einen streitigen Acker in Besitz genommen und hat ihn am 1. Oktober der Entsetzte in seinem Besitz gestört, so darf er gegenüber der Wiederholung der Störung sich wehren, aber er kann nicht auf Unterlassung klagen.

Ferner hat der Besitzer, der zunächst auf Unterlassung klagen konnte, unter Umständen später nicht mehr die Unterlassungsklage. Die Unterlassungsklage des Besitzers erlischt nämlich erstens, wenn durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß der Verletzer ihm

Digitized by Google

gegenüber ein Recht[1] auf Herstellung eines Besitzstandes hat, bei dem das zu befürchtende Tun keine Besitzverletzung sein würde (§ 864 BGB.) Die Unterlassungsklage des Besitzers erlischt zweitens auch dann, wenn er nach der Verletzung ein Jahr verstreichen läßt, ohne auf Unterlassung zu klagen (§ 864 BGB.). Der Besitzer eines Hauses, in das jemand am 1. Februar 1906 eingedrungen ist, verliert also die Unterlassungsklage, einmal wenn durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß er dem Eindringling auf Grund eines Mietvertrages das Haus zu überlassen hat, sodann aber auch ohne dies wenn er nicht bis zum 1. Februar 1907 auf Unterlassung klagt.

Endlich gibt es auch einen Fall, in welchem jeder dinglich Berechtigte eine ihm ursprünglich zustehende Unterlassungsklage später nicht mehr hat. Stellt nämlich der beklagte Verletzer die Behauptung auf, daß er lediglich in Ausübung des Rechts eines andern gehandelt habe, erkennt dieser die Behauptung als richtig an und übernimmt er an Stelle des Verletzers den Prozeß, so kann die Verurteilung des Verletzers nicht mehr verlangt werden (§ 77 ZPO.). Hat also z. B. jemand wegen widerrechtlichen Fahrens über sein Grundeigentum den Verwalter eines Nachbarn auf Unterlassung verklagt, hat der Verwalter erklärt, daß er nur in Ausübung einer Grunddienstbarkeit seines Herrn gehandelt habe und hat der Herr dies bestätigt und für den Verwalter den Rechtsstreit übernommen, so kann der Kläger die Verurteilung des Verwalters nicht mehr beanspruchen.

Andererseits ist zuweilen die Unterlassungsklage **begründet, auch ohne daß die bezeichneten Voraussetzungen vorliegen.**

1) Das Gesetz spricht allerdings nur von einem „Recht an der Sache", aber dies ist ein bloßes Redaktionsversehen der zweiten Kommission. Ebenso **Gierke** D.PrivR. Bd. 2 S. 254, **Strohal** Sachbes. S. 120/121, **M. Wolff** in der Festgabe d. jurist. Gesellsch. z. Berlin f. Richard Koch S. 155, **Turnau u. Förster** LiegenschR. Note II 1 zu § 864, **Biermann** Sachenr. (2) Note 3a zu § 864, **Endemann** Bgl.R. Bd. 2¹ (8, 9) S. 232/233, **Goldmann u. Lilienthal** BGB. Bd. 2¹ S. 23, **Bendix** im Recht 1900 S. 73. Dagegen **Planck** BGB. (3) Note 2a zu § 864, **Kipp** zu Windscheid Pand. Bd. 1 (8) S. 721, **Kober** Sachenr. (2) Note 2c zu § 864, **Männer** Sachenr. (2) S. 148.

Digitized by Google

In einem Falle kann der Kläger die Verurteilung des Beklagten zu einem Unterlassen verlangen, obwohl ihm kein Recht auf das Unterlassen zusteht. Dieses, wenn das der Klage zugrunde liegende Recht während des Rechtsstreits auf einen anderen Berechtigten übergegangen ist, wenn z. B. ein Patentberechtigter gegen jemanden auf Unterlassung weiterer Patentverletzung geklagt, aber während des Rechtsstreits das Patentrecht einem andern übertragen hat. Hier kann der Kläger zugunsten des Rechtsnachfolgers doch noch die Verurteilung begehren (§§ 265, 325, 727 ZPO.)[1].

In einem anderen Falle kann der Kläger fordern, daß der Beklagte zu einem Unterlassen verurteilt wird, auch wenn diesem keinerlei Rechtsverletzung zur Last fällt. So ist es, wenn der wegen einer Verletzung Beklagte die Behauptung aufgestellt hat, daß er nur in Ausübung des Rechts eines andern gehandelt habe, und dieser andere den Rechtsstreit an seiner Stelle übernommen hat, z. B. wenn ein Gutsherr für seinen Verwalter in einen Rechtsstreit wegen unbefugten Fahrens eingetreten ist. Hier ersetzt die Übernahme des Rechtsstreits die Rechtsverletzung, und solange auf Grund der Übernahme von dem neuen Beklagten eine Verletzung zu befürchten ist, kann seine Verurteilung zur Unterlassung verlangt werden (§ 77 ZPO.).

1) Dies gilt auch für den Besitz, denn auch er ist ein Recht: Eltzbacher Handlungsfähigk. Bd. 1 S. 322/324. Dafür, daß derjenige, dessen Besitz während des Rechtsstreits auf einen andern übergegangen ist, zugunsten des neuen Besitzers die Verurteilung verlangen kann, Biermann Sachenr. (2) Note 3 zu § 862, Kober Sachenr. Note III 2 zu § 862, Gaupp-Stein ZPO. (6,7) Note III zu § 325. Dagegen, ohne genügende Begründung, Kniep Besitz S. 433 und Planck BGB. (3) Note 2 zu § 862.

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Das Ziel der Unterlassungsklage.

1.

Welches ist das Ziel der Unterlassungsklage?

Vor allem eins: das Unterlassungsgebot. Das Gericht soll in seinem Urteil dem Beklagten das rechtswidrige Tun verbieten, das der Kläger auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung zu befürchten hat.

Das Gericht hat ein Gebot an den Beklagten zu erlassen. Die Unterlassungsklage geht nicht darauf, daß der Anspruch des Klägers auf ein Unterlassen nur festgestellt, sondern darauf, daß dem Beklagten dieses Unterlassen geboten wird.

Daß die Unterlassungsklage sich auf ein Unterlassungsgebot richtet, kommt in der Fassung der Bestimmungen über einzelne Unterlassungsklagen deutlich zum Ausdruck. Diese Bestimmungen sagen fast alle, daß der Berechtigte „auf Unterlassung klagen“ kann, und die wenigen unter ihnen, die sich anders ausdrücken, (§ 37 HGB., §§ 1, 6, 8 WettbewGes.) meinen das gleiche [1]. Unter einer Klage auf Unterlassung können wir aber nach dem Sprachgebrauch nicht eine Klage auf Feststellung eines Anspruchs auf ein Unterlassen verstehen, sondern nur eine solche auf ein Unterlassungsgebot. Wie die „Klage auf ein Tun“ darauf geht, daß dem Beklagten dieses Tun geboten wird, so muß die „Klage auf ein Unterlassen“ auf ein Gebot des Unterlassens gerichtet sein.

Daß die Unterlassungsklage auf ein Unterlassungsgebot geht, wird noch gewisser, wenn wir die geschichtliche Entwicklung betrachten, die zu ihr hingeführt hat. Seit Jahrhunderten haben in allen deutschen Rechtsgebieten die Unterlassungsklagen ein Unter-

1) Siehe oben S. 74.

Digitized by Google

lassungsgebot zum Ziele gehabt. Überall haben die Gerichte auf die vor ihnen erhobenen Unterlassungsklagen solche Gebote erlassen. Es ist nicht anzunehmen, unser heutiges Recht habe auf einmal der Unterlassungsklage ein neues Ziel geben und sie in eine Klage auf Feststellung eines Unterlassungsanspruchs verwandeln wollen.

Ganz klar wird die Richtung der Unterlassungsklage auf ein Unterlassungsgebot, wenn wir uns fragen, welches die beste Gestaltung der Unterlassungsklage ist. Die bloße gerichtliche Feststellung des Anspruchs auf ein Unterlassen hat nur geringen Wert, sie schützt den Berechtigten nur gegenüber dem gutgläubigen Verletzer, der, sobald er sein Unrecht erkannt hat, keine weiteren Verletzungen mehr begehen wird. Viel wertvoller ist das von dem Gedanken des Zwanges getragene Unterlassungsgebot, es gewährt gegen jeden, auch den böswilligsten, Verletzer Schutz. Wer möchte annehmen unsere Rechtsordnung habe das Ziel der Unterlassungsklage besonders unvernünftig gestalten wollen?

Daß die Unterlassungsklage ein Unterlassungsgebot zum Ziele hat, wird denn auch bestätigt durch die Art, in der die Zivilprozeßordnung das auf die Unterlassungsklage ergehende Urteil behandelt. Nach § 890 ZPO. hat das Gericht in dem Urteil oder einem ihm folgenden Beschluß dem Beklagten für jede „Zuwiderhandlung" eine Strafe anzudrohen und gegebenenfalls diese Strafe über ihn zu verhängen. Die Bestimmung steht im achten Buch, das von der Zwangsvollstreckung handelt, und der Abschnitt, in dem sie steht, trägt die Überschrift „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen, zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen". Zur Grundlage der Zwangsvollstreckung eignet sich nun aber nur ein Gebot, nicht eine bloße Feststellung, und nur bei einem Gebot, nicht bei einer bloßen Feststellung kann von Zuwiderhandlung die Rede sein. Danach setzt die Zivilprozeßordnung als Ziel der Unterlassungsklage ein Unterlassungsgebot voraus.

Das Gericht kann nur ein Gebot von begrenztem Inhalt erlassen.

Erstens: es kann nur etwas Rechtswidriges verbieten. Auf die Unterlassung eines Tuns, das sich aus irgend einem Grunde

nicht als Rechtsverletzung darstellt, kann die Verurteilung nicht erstreckt werden [1]. Hat also z. B. ein Lehrherr den Lehrling übermäßig gezüchtigt und ist zu befürchten, daß er dies wieder tut, so kann das Gericht auf die Unterlassungsklage des Lehrlings dem Lehrherrn nur verbieten, die Grenzen seiner Züchtigungsbefugnis (§ 127a GewO.) zu überschreiten, nicht aber ihm allgemein die Züchtigung untersagen.

Zweitens: das Gericht kann nur dem Beklagten etwas verbieten. Die Verurteilung kann nicht darauf ausgedehnt werden, daß auch ein Tun anderer Personen verboten wird [2]. Daher hat zwar das Urteil gegen eine Körperschaft die Bedeutung, daß ihre Organe das verbotene Tun zu unterlassen haben, denn das Verhalten der Organe gilt durchaus als Verhalten der Körperschaft. Dagegen hat das gegen jemand erlassene Urteil niemals die Bedeutung, daß auch andere in seinen Angelegenheiten, etwa seine Vertreter und Bediensteten, das verbotene Tun zu unterlassen gehalten sind, denn einen Rechtssatz, nach welchem das in jemandes Angelegenheiten erfolgte rechtswidrige Verhalten eines andern als sein rechtswidriges Verhalten zu gelten hätte, gibt es nicht. Sind also z. B. mein Nachbar und seine Knechte fortgesetzt unbefugt über mein Grundstück gefahren, so kann das Gericht auf meine Unterlassungsklage gegen den Nachbar nur ein Urteil des Inhalts erlassen, daß er selbst nicht über das Grundstück fahren, auch nicht seinen Knechten das Fahren befehlen darf, nicht aber ein Urteil des Inhalts, daß das Fahren zu unterbleiben habe.

Drittens: das Gericht kann dem Beklagten nur etwas verbieten. Die Verurteilung kann nicht darauf erstreckt werden, daß er etwas zu tun hat [3]. Unser Recht gewährt nur, wo uns ein rechtswidriges Tun, nicht auch dort, wo uns ein rechtswidriges Unterlassen droht, eine vorbeugende Klage. Es will nicht, daß jemand durch die Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes zu einem

1) Siehe oben S 160/164, 182/183.

2) Siehe oben S. 164/167, 183. Dies übersieht Seuffert ZPO. (9) Note 3 zu § 890. Richtig Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 3 zu § 890.

3) Siehe oben S. 183/185. Für die Unterlassungsklage des Eigentümers sprechen dies aus Planck BGB. (3) Note 4b zu § 1004, Biermann Sachenr. (2) Note 3b zu § 1004 und das Urteil des Reichsgerichts vom 10. Mai 1900 (Jur. Wochenschr. 1900 S. 501).

Digitized by Google

gewünschten Tun genötigt, sondern lediglich, daß er durch sie von einem befürchteten Tun abgehalten werden soll. Wenn also ein Mieter sich verpflichtet hat, daß in seiner Wohnung nach Mitternacht nicht mehr Klavier gespielt wird, so kann das Gericht auf die Unterlassungsklage des Vermieters ihn nur dazu verurteilen, nicht nach Mitternacht in seiner Wohnung Klavier zu spielen, dagegen kann es kein Urteil des Inhalts erlassen, daß nach Mitternacht das Klavierspiel in der Wohnung zu unterbleiben habe. Denn ein solches Urteil enthielte neben der Auferlegung eines Unterlassens die versteckte Auferlegung eines Tuns: dem Mieter würde darin nicht nur geboten, selbst das nächtliche Spiel zu unterlassen, sondern auch, dafür zu sorgen, daß andere es unterlassen.

Viertens: das Gericht kann dem Beklagten nur die Unterlassung eines Tuns auferlegen, das der Kläger von ihm zu befürchten hat[1]. Die Verurteilung kann sich nicht auf ein rechtswidriges Tun erstrecken, das der Kläger fürchtet, ohne daß es in der Tat wahrscheinlich ist. Hat z. B. ein Photograph das Bild des Klägers unbefugt ausgestellt und ist zu befürchten, daß er dies in Zukunft wieder tut, fürchtet der Kläger außerdem auch, daß er das Bild in den Handel bringt, ist hierfür aber kein Anhaltspunkt vorhanden, so kann das Gericht ihm nur die Ausstellung, nicht auch den Vertrieb des Bildes verbieten.

Fünftens endlich: das Gericht kann dem Beklagten nur die Unterlassung eines Tuns auferlegen, das der Kläger auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung von ihm zu befürchten hat[2]. Unser Recht macht die Unterlassungsklage gegenüber drohenden Verletzungen deshalb von einer vorausgegangenen Verletzung abhängig, weil die Verletzungsgefahr in einer erfolgten Verletzung ihren Ausdruck gefunden haben soll. Deshalb kann das Urteil nur solche

1) Siehe oben S. 186/187. Daß die Unterlassungsklage immer nur auf Unterlassung bestimmter drohender Verletzungen gerichtet werden kann, erkennen für die Unterlassungsklage des Patentinhabers an das Urteil des Reichsgerichts vom 5. Juli 1893 (PatBl. 1893 S. 504), Isay PatGes. Note 164 zu § 4, Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 95. Dagegen ist Kober Sachenr. (2) Note 5b zu § 1004 der irrigen Meinung, die Unterlassungsklage des Eigentümers könne darauf gerichtet werden, daß der Beklagte sich jeder ferneren Störung des Eigentums zu enthalten habe.

2) Siehe oben S. 185/186.

Digitized by Google

Beeinträchtigungen verbieten, auf deren Bevorstehen die erfolgte Beeinträchtigung hinweist. Ist also mein Nachbar unbefugt über mein Grundstück gefahren und ist anzunehmen, daß er dies wieder tun wird, ist aber außerdem auf Grund irgendwelcher von ihm getroffener Anstalten auch vorauszusehen, daß er demnächst meinem Grundstück auf eine ungewöhnliche und erheblich störende Weise Rauch zuführen wird, so kann das Gericht ihn doch nur zur Unterlassung des weiteren Fahrens, nicht aber auch zur Unterlassung der Rauchzuführung verurteilen. Denn die Gefahr der Rauchzuführung ist zwar vorhanden, sie ist aber in dem unbefugten Fahren nicht zum Ausdruck gekommen.

Soweit das Gericht ein Gebot erlassen kann, muß es dieses Gebot in vollem Umfang erlassen.

Erstens also: das Gericht hat dem Beklagten alle möglichen Verletzungen zu untersagen, die der Kläger auf Grund der erfolgten Verletzung befürchten muß[1]. Es hat ihm nötigenfalls nicht nur zu verbieten, daß er dem Kläger den Genuß des ihm gewährleisteten Gutes entzieht, sondern auch, daß er ihn darin stört, sich den Mitgenuß anmaßt, es rechtswidrig gefährdet oder auch nur rechtswidrig mit einem solchen Tun beginnt. Nicht nur sonstiges rechtswidriges Tun, sondern auch rechtswidrige Äußerungen. Nicht nur selbständiges rechtswidriges Tun, sondern auch die rechtswidrige Verursachung und Unterstützung fremder Rechtsverletzung, also Anstiftung und Beihilfe. Nicht nur rechtswidriges Tun in eigenen Angelegenheiten, sondern auch solches in den Angelegenheiten eines anderen, etwa als dessen gesetzlicher Vertreter oder Bediensteter. Nicht nur die schuldhafte Verletzung, sondern auch die Verletzung, die er schuldlos oder im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begehen kann.

Zweitens: das Gericht hat dem Beklagten nicht nur Verletzungen von derselben Art wie die erfolgte zu verbieten, sondern nötigenfalls auch anders geartete Verletzungen[2]. Ist

1) Siehe oben S. 168/176, 187/188.

2) Siehe oben S. 188/190. Ebenso für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Kohler Handb. d. PatR. S. 542, Seligsohn PatGes. (2) S. 106, Allfeld RGesetze ü. d. gewerbl. UrhR. S. 95, für die des Inhabers eines Waren-

also der Beklagte unbefugt über das Grundstück des Klägers gefahren, so ist ihm nötigenfalls nicht nur zu untersagen, daß er selbst über das Grundstück fährt, sondern auch, daß er dies seinen Angestellten befiehlt (§§ 903, 830 BGB.). Hat der Beklagte mit der Herstellung eines Nachdrucks begonnen, so ist ihm nötigenfalls nicht nur die weitere Herstellung, sondern auch die gewerbsmäßige Verbreitung des Nachdrucks zu untersagen (§ 11 litt. UrhGes.). Hat jemand unbefugt ein patentiertes Verfahren angewandt, nicht nur die weitere Anwendung des Verfahrens, sondern auch das Inverkehrbringen, das Feilhalten und der Gebrauch der durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse (§ 4 PatGes.). Hat jemand ein fremdes Warenzeichen unbefugt auf einer Rechnung verwandt, nicht nur die weitere Verwendung des Warenzeichens auf Rechnungen, sondern auch seine Verwendung auf Geschäftsbriefen und Preislisten, auf Waren und deren Verpackung (§ 12 WarenbezGes.). Wenn ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gegen den Widerspruch eines zur Geschäftsführung berechtigten Mitgesellschafters einen Verkauf abgeschlossen hat, nicht nur der eigenmächtige Abschluß von Verkäufen, sondern nötigenfalls auch die Vornahme anderer in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft fallender Handlungen (§ 115 HGB.).

Drittens: das Gericht hat dem Beklagten nicht nur die Fortsetzung einer begonnenen Verletzung zu verbieten, sondern nötigenfalls auch neue selbständige Verletzungen[1]. Wenn also mein Nachbar begonnen hat, sein Grundstück in einer Weise zu vertiefen, daß der Boden meines Grundstücks die Stütze verliert (§ 909 BGB.), so ist ihm nötigenfalls nicht nur die Fort-

zeichens Seligsohn WarenbezGes. (2) Note 14 zu § 12 und die Urteile des Reichsgerichts vom 8. Juli 1896 (PatMustZeichBl. Bd. 2 S. 333/334), vom 3. März 1899 (PatMustZeichBl. Bd. 5 S. 154), und vom 20. Februar 1900 (PatMustZeichBl. Bd. 6 S. 291). Nicht selten trifft man aber auch die Meinung, es könnten nur genau dieselben Rechtsverletzungen verboten werden, die bereits verübt worden sind, so für die Unterlassungsklage des Patentinhabers Isay PatGes. Note 150, 164 zu § 4, für die des Inhabers eines Warenzeichens Kent WarenbezGes. S. 282, für die Unterlassungsklagen des Gewerbtreibenden gegenüber unlauterem Wettbewerb das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 22. Oktober 1898 (Sächs. Arch. Bd. 9 S. 324) und das des Reichsgerichts vom 23. Dezember 1901 (Unl. Wettbew. Bd. 1 S. 92).

1) Siehe oben S. 190/192.

Digitized by Google

setzung der Grabungen, sondern auch der Wiederbeginn solcher Grabungen zu verbieten. Hat ein Fabrikant ein mir patentiertes Verfahren unbefugt anzuwenden begonnen, so ist das Verbot nötigenfalls nicht nur darauf zu richten, daß der Beklagte von der Fortführung des Verfahrens abzulassen, sondern weitergehend darauf, daß er sich überhaupt der Anwendung des Verfahrens zu enthalten hat. Wenn ein Miteigentümer einer gemeinschaftlichen Einfahrt begonnen hat, die Steine für einen beabsichtigten Bau in ihr aufzuhäufen, so ist ihm nötigenfalls nicht nur zu untersagen, daß er mit diesem Beginnen fortfährt, sondern ferner auch, daß er durch eine sonstige, bisher noch nicht begonnene Benutzung der Einfahrt den andern Miteigentümer in deren Gebrauch beeinträchtigt (§ 741 BGB.).

2.

Die Unterlassungsklage hat aber in der Regel noch ein weiteres Ziel: die Strafdrohung. Das Gericht soll dem Beklagten, falls er nicht etwa eine Körperschaft ist, für jede schuldhafte Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot eine angemessene Strafe, keinesfalls aber mehr als fünfzehnhundert Mark Geldstrafe oder sechs Monate Haftstrafe, androhen.

Nach § 890 ZPO. geht die Unterlassungsklage neben dem Unterlassungsgebot auf eine Strafdrohung. Über die Art dieser Strafdrohung aber äußert sich § 890 nur sehr allgemein. Will man genaueres wissen, so muß man sie im Zusammenhang mit anderen ähnlichen Strafdrohungen betrachten.

In zahlreichen Fällen haben Gerichte und andere Behörden mit einem Gebot eine Strafdrohung für den Fall der Zuwiderhandlung zu verbinden, zu dem Zweck, die Befolgung des Gebotes zu sichern. Neuere Gesetze, so z. B. §§ 78, 1788, 1837 BGB., §§ 14, 37, 319, 325 HGB., § 160 GenossenschGes., §§ 33, 83, 132 freiw. GerichtsbarkGes., nennen dies, wenig treffend, die Androhung einer Ordnungsstrafe. Besser würde man es als die Androhung einer Ungehorsamsstrafe bezeichnen.

Digitized by Google

So kann das Vormundschaftsgericht dem zum Vormund Erwählten unter Androhung einer Strafe für den Fall der Weigerung oder des Zögerns die Übernahme der Vormundschaft gebieten (§ 1788 BGB.), und es kann seinen Anordnungen an den Vormund und den Gegenvormund für den Fall des Ungehorsams die Androhung einer Strafe hinzufügen (§ 1837 BGB.). Das Registergericht hat demjenigen, der eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, den Gebrauch unter Androhung einer Strafe für den Fall des weiteren Gebrauchs zu verbieten (§ 37 HGB., § 33 freiw. GerichtsbarkGes.), es hat, wenn es jemandem eine Anmeldung, die Zeichnung seiner Unterschrift oder die Einreichung von Schriftstücken aufgibt, ihm für den Fall des Ungehorsams eine Strafe anzudrohen (§ 14 HGB., § 33 freiw. GerichtsbarkGes.), es hat auch den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, den persönlich haftenden Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, den Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft und denen eines eingetragenen Vereins sowie den Liquidatoren dieser Vereinigungen bei einer Reihe von Anordnungen für den Fall der Nichtbefolgung eine Strafe anzudrohen (§§ 319, 320, 325 HGB., § 160 GenossenschGes., § 78 BGB., §§ 33, 132, 159 freiw. GerichtsbarkGes.). Das Nachlaßgericht kann demjenigen, der ein nicht in amtliche Verwahrung gebrachtes Testament in seinem Gewahrsam hat, unter Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung die Ablieferung gebieten (§§ 83, 33 freiw. GerichtsbarkGes.). Die höhere Verwaltungsbehörde kann den Inhabern der Ämter eines Innungsverbandes (§ 104k GewO.) und ebenso kann die Aufsichtsbehörde den Mitgliedern des Vorstandes und der örtlichen Verwaltungsstellen einer eingeschriebenen Hilfskasse (§ 33 Hilfskassenges.) bei gewissen Anordnungen für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe androhen. In Preußen können höhere wie niedere Verwaltungsbehörden mit der Anordnung einer Unterlassung stets, mit der Anordnung eines Tuns wenigstens unter besonderen Umständen eine Strafdrohung für den Fall des Ungehorsams verbinden (§ 132 LandesverwGes.).

Was für Grundsätze sind bei der Androhung von Ordnungsstrafen anzuwenden? Die Bestimmungen, die die Androhung von Ordnungsstrafen vorschreiben, enthalten im allgemeinen nichts Näheres. So wären wir ratlos, wenn wir nicht in der Lage

Digitized by Google

wären, Grundsätze des Strafrechts und der anderen eine gesetzliche Strafdrohung enthaltenden Vorschriften zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

Die Androhung von Ordnungsstrafen durch Gerichte und andere Behörden verfolgt in gewissem Maße den gleichen Zweck wie die Vorschriften des Strafrechts und die anderen gesetzlichen Strafdrohungen. Die Vorschriften des Strafrechts sollen nicht nur im voraus bestimmen, in welcher Weise das durch ein gemeinschädliches Verhalten gestörte Gleichgewicht der Gesellschaft wiederherzustellen ist, sondern sie sollen auch, insofern sind sie Strafdrohungen, die Befolgung der Gebote sichern, die ein solches Verhalten untersagen. Ebenso sollen die anderen gesetzlichen Strafdrohungen dafür sorgen, daß ein gesetzliches Gebot befolgt wird, so z. B. die Strafdrohungen gegen Schöffen, Geschworene, Zeugen, Sachverständige und Parteien für den Fall des Nichterscheinens (§§ 56, 96 GVG., §§ 381, 402 ZPO., §§ 50, 72 StPO., § 619 ZPO.), gegen Zeugen und Sachverständige für den Fall der Zeugnis-, Gutachtens- oder Eidesverweigerung (§§ 390, 402, 409 ZPO., §§ 69, 72, 77 StPO), gegen Familienratsmitglieder für den Fall des ungerechtfertigten Ausbleibens bei einer Sitzung, der nicht rechtzeitigen Anzeige von einer Verhinderung und des Nichtteilnehmens an einer Beschlußfassung (§ 1875 BGB.). Ganz in der gleichen Weise aber soll die Androhung von Ordnungsstrafen durch Gerichte und andere Behörden darauf wirken, daß ein Gebot des Gerichts oder der sonstigen Behörde Gehorsam findet.

Aus dieser Gleichheit des Zweckes ergiebt sich, was für Grundsätze überall dort, wo die maßgebenden Einzelvorschriften nichts Näheres enthalten, bei der Androhung von Ordnungsstrafen anzuwenden sind. Soweit die Gleichheit des Zweckes zwischen den verschiedenen Strafdrohungen reicht, haben Gerichte und andere Behörden bei der Androhung von Ordnungsstrafen ebenso zu verfahren wie das Strafrecht und andere Rechtsvorschriften bei ihren gesetzlichen Strafdrohungen. Es muß im Sinne unserer Rechtsordnung sein, daß in derselben Weise, in der sie selbst die Befolgung ihrer Gebote durch Strafdrohungen sichert, auch Gerichte und andere Behörden die Strafdrohungen erlassen, durch die sie die Befolgung ihrer Gebote zu sichern haben.

Digitized by Google

Die Strafdrohung, auf die nach § 890 ZPO. die Unterlassungsklage geht, ist die Androhung einer Ordnungsstrafe[1]. Ein Gericht hat sie seinem Gebot hinzuzufügen, um dessen Befolgung zu sichern. Was für die Androhung der Ordnungsstrafen im allgemeinen gilt, das gilt daher auch hier. Soweit § 890 über die Art der Strafdrohung keine Auskunft giebt, sind also die Grundsätze des Strafrechts und der anderen eine gesetzliche Strafdrohung enthaltenden Rechtsvorschriften zur entsprechenden Anwendung zu bringen[2].

Nunmehr läßt sich näheres über die Art dieser Strafdrohung sagen.

Das Gericht kann für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot nur dem Beklagten selbst eine Strafe androhen. Wo es eine Körperschaft zu einem Unterlassen verurteilt, kann es nicht etwa ihre Organe, wo es einen gesetzlich Vertretenen verurteilt, nicht etwa seinen gesetzlichen Vertreter für den Fall der Zuwiderhandlung mit einer Strafe bedrohen[3].

Die Androhung einer Ordnungsstrafe hat nur einen einzigen Zweck: dem Gebot Nachdruck zu verleihen, seine Wirkung auf den, an den es sich richtet, zu verstärken. Dieser Zweck kann nur dadurch erreicht werden, daß die Strafe ihm selbst, nicht auch dadurch, daß sie einem andern, etwa bei einer Körperschaft den Organen, bei einem gesetzlich Vertretenen dem gesetzlichen Vertreter,

1) Seuffert ZPO. (9) Note 2b zu § 890, Petersen ZPO. (5) Note 6 zu § 890.

2) Daß auf diese Strafdrohung die Grundsätze des Strafrechts entsprechende Anwendung zu finden haben, ist die allgemeine Meinung. So z. B. Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 795/796, die Beschlüsse des Reichsgerichts vom 23. Januar 1896 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 36 Nr. 107) und vom 7. Januar 1899 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 43 Nr. 97) und der Beschluß des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. Juli 1901 (Ann. d. OLG. Dresden Bd. 25 S. 285).

3) Dies wird zuweilen verkannt. So bezüglich der Organe Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 3 zu § 890, Kohler Aus dem Patent- und Industrierecht Heft 2 S. 13, Seligsohn PatGes. (2) S. 107 und das in dem Urteil des Reichsgerichts vom 11. April 1901 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 48 Nr. 29) zitierte Urteil des Landgerichts Hamburg. Bezüglich des gesetzlichen Vertreters Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 3 zu § 890, Isaac in v. Liszts Zeitschr. Bd. 21 S. 658/659, Seuffert ZPO. (9) Note 3 zu § 890.

Digitized by Google

angedroht wird. Daher kann die bei der Unterlassungsklage mit dem Unterlassungsgebot verbundene Strafdrohung nur gegen den Verurteilten selbst gerichtet werden, nicht gegen die Organe der verurteilten Körperschaft, gegen den gesetzlichen Vertreter des verurteilten Minderjährigen oder Geisteskranken.

Aber muß es denn nicht möglich sein, auf die Organe einer Körperschaft, auf den gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken, von denen vielfach das rechtswidrige Tun unmittelbar ausgeht, einen Druck auszuüben, damit das rechtswidrige Tun unterbleibt? Allerdings, und es gibt auch einen Weg zu diesem Ziele. Wo jemand auf ein Organ einer Körperschaft oder auf den gesetzlichen Vertreter eines Handlungsunfähigen in dem Sinne einwirken will, daß sie etwas unterlassen, da muß er sie selbst auf Unterlassung verklagen[1], vielleicht als Streitgenossen der Körperschaft oder des Vertretenen. Mit dem sie zur Unterlassung verurteilenden Erkenntnis kann dann auch eine Strafdrohung gegen sie verbunden werden.

Das Gericht kann aber auch den Beklagten selbst für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot nur dann mit einer Strafe bedrohen, wenn er ein Mensch ist. Wo eine Körperschaft zu einem Unterlassen verurteilt wird, ist keine Strafdrohung möglich[2].

Unser Strafrecht bedroht, obwohl eine Strafdrohung, wenigstens die Androhung einer Geldstrafe, gegenüber Körperschaften an sich durchaus möglich wäre, dennoch nur Menschen mit Strafe[3].

1) Darüber, daß dies möglich ist, siehe oben S. 172/173, 188.

2) Dies wird allgemein verkannt. So z. B. von Seuffert ZPO. (9) Note 3 zu § 890, Kent WarenbezGes. S. 285, Müller WettbewGes. (4) S. 57, Pinner WettbewGes S. 57, Isaac in v. Liszt Zeitschr. Bd. 21 S. 648/650, ferner in dem Beschluß des Reichsgerichts vom 17. Januar 1899 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 43 Nr. 100). Richtig Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 3 zu § 890.

3) Siehe v. Liszt StrR. (14,15) S. 120/121, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 310, Merkel StrR. S. 50, Olshausen StGB. (7) Note 6 vor § 51, Gierke GenTheorie S. 776, Hafter Delikts- und Straffähigk. d. Personenverbände S. 32/34 und die Urteile des Reichsgerichts vom 26. Mai 1887 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 16 Nr. 31) und vom 6./8. Dezember 1894 (Entsch. d. RGer. i. StrS. Bd. 26 Nr. 118).

Digitized by Google

Auch die anderen eine Strafe androhenden Gesetze enthalten nichts, was darauf hinwiese, daß sich die Strafdrohung, anders als im Strafrecht, auf Körperschaften erstreckte. Unter diesen Umständen müssen wir annehmen, daß auch Ordnungsstrafen einer Körperschaft nicht angedroht werden können.

Dies wird bestätigt durch § 104k GewO., der zunächst bestimmt, daß die Innungsverbände der Aufsicht der höheren Verwaltungsbehörde unterstehen, und sodann hinzufügt, daß diese die Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften durch Androhung von Ordnungsstrafen „gegen die Inhaber der Ämter des Verbandes", also nicht gegen ihn selbst, erzwingen kann. Ferner durch das Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen, das in § 27 gewisse Pflichten der Kassen festsetzt, in § 33 aber nur bestimmt, daß die Aufsichtsbehörde „die Mitglieder des Vorstandes und der örtlichen Verwaltungsstellen sowie die im Falle der Auflösung oder Schließung einer Kasse mit der Abwickelung der Geschäfte betrauten Personen", nicht aber auch, daß sie die Kasse selbst zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten durch Androhung von Geldstrafen anhalten kann.

Danach kann das Gericht, wenn es eine Körperschaft zu einem Unterlassen verurteilt, ihr doch für den Fall der Zuwiderhandlung keine Strafe androhen.

Das Erkenntnis, das einer Körperschaft ein Unterlassen gebietet, ist infolgedessen allerdings unvollstreckbar. Indessen die Unvollstreckbarkeit eines auf eine Leistung gerichteten Urteils ist nichts Unerhörtes: auch das Erkenntnis, das den Beklagten zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens, zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage, zu einer nur durch ihn selbst ausführbaren und nicht ausschließlich von seinem Willen abhängigen Handlung verurteilt, ist unvollstreckbar (§ 888 ZPO.). Daß gegen eine Körperschaft ein Urteil, dessen Vollstreckung gegen sie durchaus denkbar wäre, dennoch nicht vollstreckt werden kann, ist nun freilich besonders unerfreulich. Aber es ist nur eine Folgerung aus der anderen mindestens ebenso unerfreulichen Tatsache, daß die Körperschaft auf Grund solcher Strafgesetze, die an sich recht wohl auf sie Anwendung finden könnten, nicht der Bestrafung unterliegt. Der Übelstand, der in der Unvollstreckbarkeit des Urteils gegen die

Digitized by Google

Körperschaft liegt, wird übrigens durch etwas gemildert: der Berechtigte kann wenigstens gegen die Organe der Körperschaft, von denen die Rechtsverletzung ausgegangen und das künftige rechtswidrige Tun zu befürchten ist, ein vollstreckbares Urteil erlangen. Wenn er sie neben der Körperschaft auf Unterlassung verklagt[1], so kann mit dem gegen sie gerichteten Urteil auch die Androhung einer Strafe verbunden werden.

Endlich kann das Gericht den Beklagten nur für den Fall mit einer Strafe bedrohen, daß er dem Unterlassungsgebot schuldhaft, und zwar schuldhaft im Sinne des Strafrechts, zuwiderhandelt. Die Strafdrohung kann nicht auch das schuldlose Zuwiderhandeln umfassen[2].

Unsere Strafgesetze bedrohen durchweg nur das schuldhafte Unrecht mit Strafe[3], ein Verschulden gilt als ausgeschlossen, wenn der Täter bei Begehung der Tat durch Geisteskrankheit oder sonstige Trübung des Geisteslebens in seiner Willensbestimmung gestört, wenn er noch nicht zwölf Jahre alt, endlich wenn er noch nicht achtzehn Jahre alt oder taubstumm und infolgedessen zur Erkenntnis der Strafbarkeit unfähig ist.

Auch die anderen eine Strafdrohung enthaltenden Gesetze geben uns keinen Grund zu der Annahme, daß ihre Strafdrohung, weitergehend als die der Strafgesetze, sich auf das schuldlose Unrecht erstreckte. In einigen von ihnen tritt vielmehr die Notwendigkeit eines Verschuldens deutlich hervor. Nach §§ 56, 96 GVG., §§ 381, 402 ZPO., §§ 50, 72 StPO. werden Schöffen,

1) Über die Möglichkeit einer solchen Klage siehe oben S. 172/173, 188.

2) Dies verkennen der Beschluß des Reichsgerichts vom 7. Juli 1897 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 39 Nr. 112) und Sydow u. Busch ZPO. (10) Note 2 zu § 890. Richtig dagegen die überwiegende Meinung, so z. B. Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 3 zu § 890, Seuffert ZPO. (9) Note 3 zu § 890, Struckmann u. Koch ZPO. (8) Note 1 zu § 890, Petersen ZPO. (5) Note 5 zu § 890, Neukamp ZPO. Note zu § 890, Isaac in v. Liszts Zeitschr. Bd. 21 S. 654/656, und die Beschlüsse des Reichsgerichts vom 23. Januar 1896 (Entsch. d. RGer. i. ZivS. Bd. 36 Nr. 107) und vom 5. Februar 1898 (Jur. Wochenschr. 1898 S. 172.

3) Siehe v. Liszt StrR. (14, 15) S. 157/162, Binding Normen Bd. 2 S. 605/606, 615/617.

Digitized by Google

Geschworene, Zeugen, Sachverständige und Parteien wegen Nichterscheinens nur dann bestraft, wenn sie ihr Ausbleiben nicht zu entschuldigen vermögen, und ebenso nach § 1875 BGB. Mitglieder eines Familienrates, die ohne Hinderungsgrund einer Sitzung ferngeblieben sind oder ihre Verhinderung nicht rechtzeitig angezeigt oder sich in der Sitzung nicht an der Beschlußfassung beteiligt haben, nur dann, wenn ihnen keine genügende Entschuldigung zur Seite steht.

Wir dürfen nicht annehmen, daß die Androhung einer Ordnungsstrafe sich weiter erstrecken und auch für den Fall schuldlosen Zuwiderhandelns gegen das Gebot erfolgen könne. Es würde die äußerste Ungerechtigkeit sein, eine Ungehorsamsstrafe gegen jemanden zu verhängen, der alle ihm obliegende Sorgfalt angewandt hat, um das Gebot zu befolgen. So betrachten es denn auch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch als selbstverständlich, daß der zum Vormund Erwählte, dem das Vormundschaftsgericht die Übernahme der Vormundschaft unter Androhung einer Ordnungsstrafe für den Fall der Weigerung oder des Zögerns geboten hat, die Ordnungsstrafe nur im Fall des Verschuldens verwirkt[1].

Danach kann das Gericht bei der Verurteilung zu einer Unterlassung eine Strafe nur für den Fall eines im Sinne des Strafrechts schuldhaften Zuwiderhandelns androhen.

Die Strafdrohung kann also nur für den Fall ergehen, daß der Beklagte bei der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot nicht durch Geisteskrankheit oder sonstige Trübung des Geisteslebens in seiner Willensbestimmung gestört oder in einem Alter unter zwölf Jahren ist, daß ihm nicht infolge eines Alters unter achtzehn Jahren oder infolge von Taubstummheit die Fähigkeit zur Würdigung der Strafdrohung fehlt und daß ihn bei der Zuwiderhandlung ein Verschulden trifft. Die Strafdrohung kann auch gegen ein Kind und einen Geisteskranken ergehen, sie ist ihnen gegenüber vorerst bedeutungslos, erlangt aber Bedeutung, wenn das Kind heranwächst oder der Geisteskranke geheilt wird. Sie kann aber immer nur für den Fall eigenen Verschuldens ergehen: während eine Schadenersatzpflicht auf Grund des Verschuldens eines Ver-

1) Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 1065.

Digitized by Google

treters etwas durchaus Mögliches ist und sich wirklich in unserem Recht findet (§ 278 BGB.), ist eine Strafbarkeit auf Grund solchen Verschuldens ein Unding und unserem Recht völlig fremd.

Das Gericht braucht diese Beschränkung der Strafdrohung übrigens nicht in aller Ausführlichkeit auszusprechen. Es kann sich begnügen, dem Beklagten „für jede schuldhafte Zuwiderhandlung" eine Strafe anzudrohen. Ja es kann sogar einfach die Strafe „für jede Zuwiderhandlung" androhen, wobei die Beschränkung auf den Fall schuldhaften Zuwiderhandelns, ebenso wie in zahlreichen gesetzlichen Strafdrohungen, auch unausgesprochen als gewollt zu betrachten ist.

Das Gericht hat dem Beklagten für jede Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot eine angemessene Strafe anzudrohen.

Es hat große Freiheit. Es kann Geldstrafe von einer bis zu fünfzehnhundert Mark (§ 890 ZPO., § 27 StGB.) und Haftstrafe von einem Tage bis zu sechs Monaten (§ 890 ZPO., § 18 StGB.) androhen. Die Geldstrafe ist hierbei Zahlung an die Staatskasse[1], die Haftstrafe einfache Freiheitsentziehung ohne Arbeitszwang[2].

Das Gericht braucht nicht eine festbestimmte Strafe für jede Zuwiderhandlung anzudrohen[3], infolgedessen kann die Androhung auf sehr verschiedene Art erfolgen. So z. B. Geldstrafe von zehn Mark; Geldstrafe bis zu hundert Mark; Geldstrafe nicht unter fünf Mark; Geldstrafe von fünf bis hundert Mark; Haftstrafe von fünf Tagen; Haftstrafe nicht unter drei Tagen; Haftstrafe bis zu

1) Ebenso Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 796, Falkmann Zwangsvollstr. S. 310, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note III zu § 890, Seuffert ZPO. (9) Note 2b zu § 890.

2) Siehe v. Liszt StrR. (14, 15) S. 261, Merkel StrR. S. 216, Olshausen StGB. (7) Note 4 zu § 18, Frank StGB. (3, 4) Note I zu § 18.

3) Das ist die allgemeine Meinung. So z. B. Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 794, Falkmann Zwangsvollstr. S. 311, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 2 zu § 890, Struckmann u. Koch ZPO. (8) Note 3 zu § 890, Reincke ZPO. (5) Note II 1 zu § 890, Petersen ZPO. (5) Note 4 zu § 890 und das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 23. Juni 1898 (Sächs. Arch. Bd. 9 S. 236). Dagegen, ohne genügende Begründung, v. Wilmowski u. Levy ZPO. (7) Note 3 zu § 775, Seuffert ZPO. (9) Note 2b zu § 890.

Digitized by Google

vier Wochen; Haftstrafe von drei Tagen bis zu vier Wochen; Geldstrafe von zehn Mark oder Haftstrafe von einem Tage; Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark oder Haftstrafe bis zu vier Wochen; Geldstrafe nicht unter dreißig Mark oder Haftstrafe nicht unter drei Tagen; Geldstrafe von zehn bis zu fünfhundert Mark oder Haftstrafe von zwei Tagen bis zu vier Wochen.

Eine besondere Art der Strafdrohung kann gegenüber der fortgesetzten Zuwiderhandlung angebracht sein. Sie ist eine einzige Zuwiderhandlung, sodaß durch sie die angedrohte Strafe nur einmal verfällt[1]. Daher ist es hier unter Umständen richtig, die Höhe der Strafe nach der Dauer des Zuwiderhandelns zu bemessen, z. B. dem Beklagten für jeden Tag, an dem er die Anwendung des dem Kläger patentierten Verfahrens fortsetzt, eine Geldstrafe von hundert Mark anzudrohen.

Das Gericht kann sich sogar auch begnügen, dem Beklagten ganz allgemein die gesetzlich zugelassenen Strafen anzudrohen, hier bewahrt es sich die Möglichkeit, innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen jede beliebige Strafe zu verhängen[2].

In welcher Weise das Gericht von dieser großen Freiheit Gebrauch zu machen hat, das hängt ganz von den Umständen des besonderen Falles ab. Manchmal wird eine festbestimmte, manchmal eine unbestimmte Strafdrohung den Vorzug verdienen[3]. Der Kläger kann verlangen, daß das Gericht eine Strafdrohung erläßt, die streng genug ist, um einen wirksamen Druck auf den Beklagten auszuüben. Aber er kann auch nur dies verlangen, das Gericht darf keine Strafdrohung erlassen, die so streng ist, daß ihre Ausführung eine übertriebene Härte sein würde[4].

---

1) Ebenso Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 795/796, Petersen ZPO. (5) Note 6 zu § 890, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note III zu § 890 und der Beschluß des Kammergerichts vom 6. Januar 1897 (Schleswig-Holsteinische Anz. 1897 S. 99).

2) Ebenso Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 794, Petersen ZPO. (5) Note 4 zu § 890, Reincke ZPO. (5) Note II 1 zu § 890, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 2 zu § 890.

3) Richtig hierüber das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 23. Juni 1898 (Sächs. Arch. Bd. 9 S. 236).

4) Der Antrag des Klägers ist für die Wahl der Strafe nicht maßgebend: Seuffert ZPO. (9) Note 2b zu § 890.

Digitized by Google

3.

Damit ist das Ziel der Unterlassungsklage bestimmt.

Erstens soll das Gericht in seinem Urteil dem Beklagten alles das rechtswidrige Tun verbieten, das der Kläger auf Grund der erfolgten Rechtsverletzung zu befürchten hat.

Zweitens soll es ihm, sofern er keine Körperschaft ist, für jede schuldhafte Zuwiderhandlung eine angemessene Strafe, höchstens aber fünfzehnhundert Mark Geldstrafe oder sechs Monate Haftstrafe, androhen.

Auf weiteres geht die Unterlassungsklage nicht. Namentlich kann der Kläger nicht etwa fordern, daß der Beklagte auch zur Sicherheitsleistung für den durch Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden verurteilt wird[1]. Erst wenn der Beklagte dem Urteil zuwidergehandelt hat, kann der Kläger einen Beschluß verlangen, der jenem für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden die Leistung einer Sicherheit auferlegt (§§ 890, 891 ZPO.)[2].

Die Unterlassungsklage ist eine Leistungs-, keine bloße Feststellungsklage.

Der Unterschied zwischen Leistungs- und Feststellungsklage ist durch die Wissenschaft des Zivilprozesses allmählich sehr scharf bestimmt worden. Die Feststellungsklage richtet sich nur darauf, daß der Richter etwas feststellen, über etwas urteilen, die Leistungsklage dagegen weitergehend darauf, daß er etwas befehlen, zu etwas verurteilen soll. Das Feststellungsurteil geht nur auf die Gegenwart, das Leistungsurteil zugleich auf die Zukunft. In jenem erklärt der Staat, daß etwas sich irgendwie verhält, in diesem darüber hinaus, daß etwas geschehen oder unterbleiben soll. Jenes ist stets der Vollstreckung unfähig, dieses grundsätzlich der Vollstreckung fähig.

1) Dies meint Gierke D. PrivR. Bd. 2 S. 512.

2) Ebenso Planck ZivProzR. Bd. 2 S. 796, H. Meyer in Buschs Ztschr. f. ZivProz. Bd. 15 S. 491, Falkmann Zwangsvollstr S. 312, Petersen ZPO. (5) Note 7 zu § 890, Struckmann u. Koch ZPO. (7) Note 4 zu § 890, Seuffert ZPO. (9) Note 4 zu § 890, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note IV zu § 890.

Digitized by Google

Die Unterlassungsklage ist eine Leistungsklage. Sie geht nicht darauf, daß der Richter die Verpflichtung des Beklagten zu einem Unterlassen feststellt, sondern darauf, daß er ihm das Unterlassen gebietet. Das auf sie ergehende Urteil ist nicht eine der Vollstreckung unfähige bloße Feststellung, sondern ein zur Grundlage der Vollstreckung geeigneter Befehl[1].

Die bei weitem überwiegende Meinung betrachtet denn auch die Unterlassungsklage als eine Leistungsklage[2]. Einige wollen sie nicht als solche anerkennen[3], aber dies beruht nur auf einer merkwürdig äußerlichen Vorstellung vom Wesen der Leistung. Man meint, die Unterlassung sei nichts hinreichend Sicht- und Greifbares, um als Leistung gelten zu können, sie sei ein bloßes Nichts, ein Nichts aber könne nicht Leistung und also auch nicht Gegenstand einer Leistungsklage sein. Dringt man etwas tiefer ein, so wird diese Vorstellung unmöglich. Wenn ich etwas tue, so verändere ich das Bestehende; unterlasse ich etwas, so lasse ich es entweder ungeändert bestehen oder seine Veränderung sich ungehindert vollziehen. Das eine wie das andere, das Unterlassen wie das Tun, ist in gleichem Maße wirklich und wahrnehmbar, es kann in gleichem Maße mir und anderen nützen und schaden, es ist in gleichem Maße von meinen Entschlüssen abhängig, und deshalb kann es auch in gleicher Weise Leistung und Gegenstand einer Leistungsklage sein.

Dadurch, daß sie eine Leistungsklage ist, unterscheidet sich die Unterlassungsklage von der Klage auf Feststellung eines Rechts auf ein Unterlassen (§ 256 ZPO.).

Sie ist von ihr nicht nur ihren Voraussetzungen, sondern auch ihrem Ziele nach verschieden. Die Feststellungsklage setzt ein Interesse voraus, daß der Anspruch auf ein Unterlassen alsbald festgestellt werde, dagegen weder eine Verletzung noch die Gefahr einer

1) Siehe oben S. 196/197.

2) So z. B. Hellmann in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 123, Langheineken Urteilsanspr. S. 210, Stein Vorauss. d. RSchutzanspr. S. 124/125, Hellwig ZivProzR. Bd. 1 S. 374/375, Finger WettbewGes. S. 65, Pinner WettbewGes. S. 47, Seuffert ZPO. (9) Note 2a zu § 253, Gaupp-Stein ZPO. (6, 7) Note II 1 vor § 253.

3) So Fischer Recht und RSchutz S. 79/82, Wach Feststellungsanspr. S. 39/41, Hölder im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 93 S. 34/37.

Digitized by Google

solchen, die Unterlassungsklage umgekehrt eine Verletzung und eine Verletzungsgefahr, nicht aber ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Feststellung des vielleicht nicht bestrittenen oder bereits rechtskräftig festgestellten Anspruchs. Die Feststellungsklage geht nur darauf, daß der Anspruch des Klägers auf ein Unterlassen festgestellt wird, sie will ihn lediglich außer Zweifel gestellt wissen, die Unterlassungsklage geht darauf, daß dem Beklagten das Unterlassen geboten und für den Fall des entgegengesetzten Tuns eine Strafe angedroht wird, sie will die Verletzung des Anspruchs verhütet wissen.

Daher ist es ein Irrtum, wenn man zuweilen geglaubt hat, auf § 256 ZPO. eine Unterlassungsklage gründen zu können[1], sodaß z. B. der Patentinhaber, der eine Verletzung seines Patents zu befürchten hat, auf Grund des § 256 auf Unterlassung zu klagen imstande wäre. Denn mit der Feststellungsklage des § 256 kann der Kläger nur die unvollstreckbare Feststellung der Tatsache verlangen, daß der Beklagte irgendwelche Handlungen zu unterlassen hat. Was er mit der Unterlassungsklage erreichen will, ist aber etwas ganz anderes, ein vollstreckbares Gebot an den Beklagten, jene Handlungen zu unterlassen, und die Androhung einer Strafe für den Fall, daß er sie dennoch vornimmt. Infolgedessen kann die Unterlassungsklage niemals auf § 256 gestützt werden.

Die Unterlassungsklage ist eine vorbeugende, keine ausgleichende Leistungsklage.

Man muß die vorbeugende und die ausgleichende Leistungsklage unterscheiden. Die vorbeugende Klage gründet sich auf eine Verletzungsgefahr und geht darauf, daß an den Beklagten ein Verbot der Verletzung ergeht, die ausgleichende Klage hat eine Verletzung zur Grundlage und ist darauf gerichtet, daß dem Beklagten die Ausgleichung der Verletzung geboten wird. Die vorbeugende Klage will eine Verletzung verhüten, sie kümmert sich

1) So Kohler PatR. S. 430, der aber diese Meinung in seinem Handb. d. PatR. S. 540/541 zurückgenommen hat, ferner die Urteile des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. Februar 1885 und des Reichsgerichts vom 13. November 1885 (Ztschr. f. franz. ZivR. Bd. 16 S. 548). Richtig dagegen das Urteil des Reichsgerichts vom 26. November 1892 (Bolzes Prax. Bd. 14 Nr. 59).

Digitized by Google

nur um künftige Verletzungen, eine etwa bereits erfolgte Verletzung hat für sie nur die Bedeutung eines Vorzeichens weiterer Verletzungen. Die ausgleichende Klage will die Wirkung einer Verletzung beseitigen, sie hat es nur mit vergangenen Verletzungen zu tun, eine etwa drohende künftige Verletzung ist für sie ohne jede Bedeutung.

Die Unterlassungsklage ist eine vorbeugende Klage. Sie geht darauf, daß der Beklagte eine künftige Verletzung unterlassen, nicht darauf, daß er eine vergangene ausgleichen soll.

Die Unterlassungsklage setzt allerdings außer einer Verletzungsgefahr auch eine bereits erfolgte Verletzung voraus. Aber unter diesen beiden Voraussetzungen steht die Verletzungsgefahr im Vordergrunde, die Verletzung hat nur die Bedeutung, daß die Verletzungsgefahr in ihr zur Erscheinung gekommen sein soll[1]. Die Unterlassungsklage soll nicht die Folgen der alten Verletzung ausgleichen, sondern verhüten, daß eine neue Verletzung erfolgt. Daher ist sie nur möglich, wo eine weitere Verletzung droht, während die Ausgleichung der erfolgten Verletzung auch ohne das Drohen einer weiteren Verletzung in Frage kommen kann. Daher richtet sie sich ferner nie auf ein Tun, während eine erfolgte Verletzung fast immer nur durch ein Tun, nur ganz ausnahmsweise auch durch ein Dulden, ausgeglichen werden kann.

Dadurch, daß sie eine vorbeugende Klage ist, unterscheidet sich die Unterlassungsklage von der Schadenersatzklage auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn ein zum Ersatz verpflichtender Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.).

Von dieser Klage ist sie ebenso verschieden in ihren Voraussetzungen wie in ihrem Ziele. Die Klage auf Beseitigung einer Beeinträchtigung setzt voraus, daß eine vergangene Verletzung bleibende Folgen hinterlassen hat, dagegen nicht auch, daß eine künftige droht, die Unterlassungsklage dagegen hat umgekehrt das Drohen einer künftigen Verletzung, nicht aber auch das Vorliegen bleibender Folgen einer vergangenen zur Voraussetzung. Die Klage auf Beseitigung einer Beeinträchtigung richtet sich darauf, daß die Folgen der alten Verletzung nach Möglichkeit be-

1) Siehe oben S. 157/158.

Digitized by Google

seitigt werden, die Unterlassungsklage geht darauf, daß neue Verletzungen unterbleiben.

Mit Unrecht also hat man mehrfach aus § 249 BGB. eine Unterlassungsklage ableiten zu können geglaubt[1]. Man hat z. B. gemeint, wenn jemand eine für einen anderen beleidigende Tafel aufgehängt habe, so habe der Beleidigte gegen ihn aus § 249 eine Unterlassungsklage auf Unterbleiben des weiteren Aushängens[2]. Aber mit der Klage aus § 249 kann der Beleidigte weiter nichts als die Entfernung der Tafel verlangen, mit welcher der ursprüngliche Zustand hergestellt ist. Hiermit allein aber ist ihm nicht gedient, seine Klage auf Unterbleiben des weiteren Aushängens richtet sich deshalb in ihrem wesentlichen Teile darauf, daß der Beklagte auch das Wiederanbringen der Tafel unterlassen soll, sie richtet sich neben der Ausgleichung einer alten Verletzung auch auf die Unterlassung neuer Verletzungen. In diesem Teile aber kann sie nicht aus § 249 abgeleitet werden.

Man hat ferner gemeint, wenn jemand seine Nachbarn vorsätzlich durch den Betrieb eines Bordells schädige, so hätten diese gegen ihn aus § 249 eine Unterlassungsklage auf Einstellung des Bordellbetriebes[3]. Aber mit der Klage des § 249 als einer Klage auf Herstellung könnten sie doch nur die Beseitigung irgendwelcher bleibender Wirkungen des bisherigen Bordellbetriebes fordern, es ist aber nicht einzusehen, was für bleibende Wirkungen hier in Frage kommen sollten. Die Klage auf Einstellung des Bordellbetriebes bezweckt etwas ganz anderes, die Unterlassung des künftigen Bordellbetriebes, sie richtet sich nicht auf die Beseitigung der Folgen von früheren, sondern auf die Unterlassung von künftigen Verletzungen. Sie kann daher nicht auf § 249 gegründet werden.

1) So Dernburg Bgl. R. Bd. 2² (3) S. 722, Cosack Bgl. R. Bd. 1 (4) S. 610, Fuld im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 259, Ortmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 622, Lau in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 500, 505, 508.

2) Lau in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 505, 508, Cosack Bgl. R. Bd. 1 (4) 610, Örtmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 622.

3) Lau in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 505, 508, Örtmann in der D. JurZtg. Bd. 9 S. 622.

Digitized by Google

Sechstes Kapitel.

Die Unterlassungsklage im System des vorbeugenden Rechtsschutzes.

1.

Nur noch eine Frage bleibt übrig: welche Stellung nimmt die Unterlassungsklage unter den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes ein?

Um sie beantworten zu können, müssen wir vor allem zu erkennen suchen, was vorbeugender Rechtsschutz ist.

Rechtsschutz ist die Tatsache, daß sich an eine Rechtsverletzung oder die Gefahr einer solchen zugunsten des Berechtigten eine neue Gestaltung der Rechtslage anknüpft, die die Verletzung oder Verletzungsgefahr zu beseitigen bestimmt ist[1].

Die Veränderung der Rechtslage zugunsten des Berechtigten kann von zweierlei Beschaffenheit sein: Verschlechterung der Rechtslage des Gegners oder Verbesserung der eigenen Rechtslage.

Vielfach liegt der Schutz des Berechtigten in einer Verschlechterung der Rechtslage des Gegners: ein Recht des Gegners wird aufgehoben oder erleidet eine unvorteilhafte Änderung, oder der Erwerb oder die vorteilhafte Änderung eines Rechtes wird für ihn verhindert oder rückgängig gemacht. Wenn der Unter-

1) Die meisten sprechen vom Schutz der Rechte, ohne zu sagen, was sie darunter verstehen. So z. B. Puchta Pand. (12) § 80, Windscheid Pand. (8) Bd. 1 S. 525, Bekker Pand. Bd. 1 S. 85, Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 670, Gierke D.PrivR. Bd. 1 S. 323, Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 1 (7) S. 224, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) S. 256, Crome Allg. Teil d. franz. PrivRWiss. S. 366, Bgl. R. Bd. 1 S. 533, Leonhard Allg. Teil S. 203. Eine Ausnahme macht Unger Österr. PrivR. Bd. 2 S. 336/337, er sagt, Rechtsschutz sei die „zwangsweise Realisierung konkreter Ansprüche“. Aber, was Unger Rechtsschutz nennt, ist nur die tatsächliche Anwendung gewisser Mittel des Rechtsschutzes.

Digitized by Google

nehmer eines Werkes sich dessen Herstellung schuldhaft unmöglich gemacht hat, so kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten (§ 325 BGB.), wenn der Entleiher die entliehene Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet, so kann der Verleiher die Leihe kündigen (§ 605 BGB.). In dem ersten Falle wird zur Ausgleichung einer erfolgten Verletzung ein Rechtserwerb des Gegners rückgängig gemacht, in dem zweiten zur Verhütung einer drohenden Verletzung ein ihm zustehendes Recht aufgehoben. Wenn jemand eine bewegliche Sache mit verbotener Eigenmacht dem Besitzer weggenommen hat und von ihm auf frischer Tat verfolgt und eingeholt worden ist, so muß er sich die gewaltsame Abnahme der Sache gefallen lassen (§ 859 BGB.), wenn jemand rechtswidrig einen anderen angreift, so muß er jede zur Abwendung des Angriffs erforderliche Handlung dulden (§ 227 BGB.): in dem einen Fall erleiden zur Ausgleichung, in dem anderen zur Verhütung einer Verletzung das Persönlichkeitsrecht, das Eigentum und möglicherweise auch noch andere Rechte des Gegners eine Durchbrechung.

Noch häufiger ist der Berechtigte durch eine Verbesserung der eigenen Rechtslage geschützt: er selbst erwirbt ein Recht oder ein ihm zustehendes Recht erfährt eine vorteilhafte Änderung, oder der Untergang oder die ungünstige Änderung eines ihm zustehenden Rechts wird verhindert oder rückgängig gemacht. Der Vermieter kann von dem Mieter, der aus Nachlässigkeit den Mietzins nicht rechtzeitig gezahlt hat, Verzugszinsen fordern (§ 288 BGB.), der Eigentümer kann von dem Nießbraucher, dessen Verhalten ihm Grund zur Besorgnis einer erheblichen Verletzung seiner Rechte gibt, Sicherheitsleistung verlangen (§ 1051 BGB.). Hier erfährt ein Privatrecht des Berechtigten, im ersten Fall zur Ausgleichung, im zweiten zur Verhütung einer Verletzung, eine vorteilhafte Änderung. Der Eigentümer, auf dessen Grundstück jemand unbefugt Steine abgeladen hat, kann auf Beseitigung der Beeinträchtigung klagen, der Wechselgläubiger, dessen Schuldner auf der Flucht begriffen ist, kann die Anordnung des persönlichen Arrests verlangen (§ 916 ZPO.): hier erwirbt der Berechtigte, in dem einen Fall zur Ausgleichung, in dem andern zur Verhütung einer Verletzung, ein öffentliches Recht.

Die neue Gestaltung der Rechtslage kann sich an die Verletzung oder Verletzungsgefahr auf zweierlei Art anknüpfen: sie kann von selbst eintreten oder durch eine Willenserklärung des Berechtigten.

Digitized by Google

Zumeist knüpft sie sich an die Verletzung oder Verletzungsgefahr in der Art an, daß sie von selbst eintritt. Ist dem Verkäufer die Leistung durch sein Verschulden unmöglich geworden, so kann der Käufer zum Zweck der Ausgleichung der Verletzung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 325 BGB.). Haben die Verhältnisse des Mieters, der den Mietzins erst nach Ablauf eines Mietsabschnittes zu zahlen braucht, sich so sehr verschlechtert, daß der Anspruch des Vermieters gefährdet ist, so kann der Vermieter zur Verhütung der drohenden Verletzung ihm das Beziehen der Wohnung verweigern, bis der Mietzins gezahlt oder für die Zahlung Sicherheit geleistet ist (§ 321 BGB.).

Zuweilen knüpft sich die neue Gestaltung der Rechtslage aber auch in der Art an die Verletzung oder Verletzungsgefahr an, daß es dem Berechtigten überlassen ist, sie durch eine Willenserklärung herbeizuführen. Wenn dem Verkäufer die Leistung durch sein Verschulden unmöglich geworden ist, so kann der Käufer vom Vertrage zurücktreten und damit die Ausgleichung der Verletzung bewirken (§ 325 BGB.). Wenn der Mieter die Rechte des Vermieters durch vertragswidrigen Gebrauch erheblich verletzt hat und ungeachtet einer Abmahnung damit fortfährt, so kann der Vermieter kündigen und dadurch zur Verhütung weiterer Verletzung die Beendigung des Rechtsverhältnisses herbeiführen (§ 553 BGB.).

In der Tatsache des Rechtsschutzes faßt man bald die eine, bald die andere Seite vorzüglich ins Auge.

Bei vielen Mitteln des Rechtsschutzes denkt man vor allem an die neue Gestaltung der Rechtslage, die durch die Verletzung oder Verletzungsgefahr eintritt, bei anderen in erster Linie an die Veränderung, durch die die neue Gestaltung eintritt, wieder bei anderen hauptsächlich an die für den Berechtigten bestehende Möglichkeit, durch eine Willenserklärung die Veränderung und damit die neue Gestaltung der Rechtslage herbeizuführen.

Das wird recht deutlich bei den Schutzmitteln des Käufers gegenüber dem Verkäufer. Wenn dem Verkäufer die Leistung durch sein Verschulden teilweise unmöglich wird, so verliert er den Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Kaufpreises; der Käufer kann aber auch statt des unmöglich gewordenen Teiles der Leistung Schadenersatz verlangen; er kann endlich unter Umständen auch vom Kauf zurücktreten (§ 325 BGB.).

Digitized by Google

Bei jedem dieser drei Schutzmittel faßt man eine andere Seite des Rechtsschutzes vorzugsweise ins Auge. Bei dem Schadenersatzanspruch denkt man namentlich an den durch eine Veränderung der Rechtslage geschaffenen neuen Zustand; bei dem Untergang des Anspruchs auf einen Teil des Kaufpreises an den Vorgang der Veränderung; bei dem Rücktrittsrecht an die Möglichkeit, durch eine Willenserklärung die Veränderung herbeizuführen. Bei allen drei Schutzmitteln aber ist ganz in der gleichen Weise die Tatsache gegeben, daß sich an eine Rechtsverletzung zugunsten des Berechtigten eine neue Gestaltung der Rechtslage anknüpft, die die Rechtsverletzung zu beseitigen bestimmt ist.

Es gibt einige dem Rechtsschutz ähnliche Gegenstände, die nicht mit ihm verwechselt werden dürfen.

Hierher gehören zunächst die Rechte selbst. Die Rechte bedeuten, daß andere zu unseren Gunsten eingeschränkt sind, der Rechtsschutz, daß durch die Überschreitung der Schranken oder die Gefahr ihrer Überschreitung zu unseren Gunsten eine Veränderung der Rechtslage eintritt. Allerdings besteht der Rechtsschutz vielfach im Erwerb eines Rechtes, aber dennoch sind Rechte und Rechtsschutz etwas Verschiedenes: der Rechtsschutz besteht oft auch nicht in einem Rechtserwerb, und die meisten Rechte dienen nicht dem Rechtsschutz.

Die Verschiedenheit wird dadurch verdunkelt, daß man sowohl bei den Rechten wie beim Rechtsschutz von Schutz redet. Man sagt, das Eigentum schütze den Eigentümer im Genuß der Sache, und man bezeichnet die Befugnis des Eigentümers zur Notwehr und seine Klage auf Herausgabe als Mittel zum Schutz des Eigentums. Aber unter Schutz versteht man hier etwas ganz Verschiedenes, im ersten Fall die Sicherung der Güter durch Rechte, im zweiten die Sicherung der Rechte durch Schutzrechte oder andere Schutzmittel.

Zweitens dürfen mit dem Rechtsschutz die Sicherungsmittel gegen Rechtsverlust nicht verwechselt werden. Die Sicherungsmittel gegen Rechtsverlust helfen uns dazu, daß wir vor dem Erlöschen oder der Verschlechterung eines Rechtes bewahrt bleiben, der Rechtsschutz hilft uns dazu, daß eine Störung des unserem Recht entsprechenden tatsächlichen Zustandes unterbleibt.

Eine Sicherung des Nießbrauchs liegt sowohl darin, daß der Nießbraucher, der Gefahr läuft, durch eine gegen den Eigentümer

gerichtete Zwangsvollstreckung sein Recht zu verlieren, den Gläubiger des Eigentümers zu befriedigen berechtigt ist (§ 268 BGB.), wie auch darin, daß der Nießbraucher, der in der Ausübung seines Rechtes gestört wird, auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Gefahr weiterer Störungen auf Unterlassung klagen kann (§ 1065 BGB.). Aber diese Sicherung ist von ganz verschiedener Art: in dem ersten Falle richtet sie sich gegen Rechtsverlust, in dem zweiten gegen Rechtsverletzung.

Drittens darf man mit dem Rechtsschutz nicht die **freiwillige Sicherung gegen Rechtsverletzung** verwechseln. Die freiwillige Sicherung beruht auf dem Willen des Verpflichteten, der Rechtsschutz gründet sich unmittelbar auf eine Rechtsvorschrift.

Der Darleiher einer Geldsumme ist vielleicht durch eine ihm bestellte Hypothek (§ 1113 BGB.) oder eine ihm geleistete Bürgschaft (§ 765 BGB.), der Hinterleger einer Sache vielleicht durch das ihm für den Fall verspäteter Rückgabe eingeräumte Recht auf eine Vertragsstrafe (§ 339 BGB.) gegen Rechtsverletzung gesichert, und ebenso genießt der Darleiher eine Sicherheit dadurch, daß er bei gefährdeter Zwangsvollstreckung gegen den Darlehnsempfänger einen Arrestbefehl verlangen kann (§ 916 ZPO.), der Hinterleger dadurch, daß er gegenüber dem auf der Flucht begriffenen Verwahrer nötigenfalls Selbsthilfe üben darf (§ 229 BGB.). Aber in den ersten Fällen gründet sich die Sicherheit auf den Willen des Verpflichteten, in den letzten ist sie, unabhängig von seinem Willen, ohne weiteres durch das Gesetz gegeben.

Viertens dürfen mit dem Rechtsschutz nicht die **ständigen Sicherungsmittel gegen Rechtsverletzung** verwechselt werden. Die ständigen Sicherungsmittel sind nur durch eine, wenn auch noch so entfernte, Möglichkeit einer Verletzung bedingt, der Rechtsschutz setzt eine bereits bestehende Verletzung oder Verletzungsgefahr voraus.

Der Vermieter (§ 559 BGB.) und der Verpächter (§§ 581, 585 BGB.) genießt durch sein gesetzliches Pfandrecht, der Auftraggeber durch sein Recht auf Rechenschaft und auf Leistung des Offenbarungseides (§§ 666, 259 BGB.), das unter elterlicher Gewalt stehende Kind durch seinen Anspruch auf Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses (§ 1640 BGB.), der Mündel durch seinen Anspruch auf Überwachung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht (§ 1837 BGB.) eine

Digitized by Google

Sicherheit gegen Rechtsverletzung, ebenso wie etwa der Eigentümer, den das Verhalten des Nießbrauchers mit einer erheblichen Verletzung seiner Rechte bedroht, durch seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 1051 BGB.), der Hypothekengläubiger, dessen Befriedigung durch eine Verschlechterung des Grundstücks in Frage gestellt ist und der vergeblich die Beseitigung der Gefährdung verlangt hat, durch sein Recht, sofortige Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§ 1133 BGB.), die Ehefrau, deren Anspruch auf Unterhalt verletzt worden ist und die für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts befürchten muß, durch ihre Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung (§ 1418 BGB.). Aber in den einen Fällen ist die Sicherung von vorn herein gegeben, in den anderen tritt sie erst ein, wenn eine bestimmte Rechtsverletzung droht.

Eine besondere Art des Rechtsschutzes ist der vorbeugende Rechtsschutz.

Wir müssen zwei Arten des Rechtsschutzes unterscheiden, solchen, der eine Verletzung, und solchen, der eine Verletzungsgefahr zu beseitigen bestimmt ist. Jenes ist der ausgleichende, dieses der vorbeugende Rechtsschutz.

Der vorbeugende Rechtsschutz unterscheidet sich vom ausgleichenden durch sein Ziel, daß er eine drohende Verletzung verhüten soll, nicht durch seine Wirkung, daß er sie tatsächlich verhütet. Der vorbeugende Rechtsschutz erzielt vielfach nicht die Wirkung, daß eine drohende Verletzung unterbleibt. Die einstweilige Verfügung, durch die jemandem bei Strafe verboten wird, einen Gegenstand zu veräußern, wird möglicherweise nicht befolgt, dem Gemeinschuldner, dessen Verhaftung das Konkursgericht angeordnet hat, gelingt es vielleicht, mit einem Teil der Masse zu entfliehen. Andererseits bewirkt vielfach der ausgleichende Rechtsschutz das Unterbleiben einer drohenden Verletzung. Weiß jemand, daß er genötigt sein wird, die beschädigte Sache zu bezahlen, so wird ihn dies in der Regel bewegen, von der vorsätzlichen Beschädigung abzustehen und sich vor der fahrlässigen zu hüten: je gründlicher eine Rechtsordnung für den Ausgleich der Rechtsverletzungen sorgt, desto geringer ist deren Zahl.

Man hat dem vorbeugenden Rechtsschutz bisher keine genügende Aufmerksamkeit zugewandt. Die meisten fassen ihn gar nicht als eine

Digitized by Google

besondere Art des Rechtsschutzes ins Auge und begnügen sich, unter der Überschrift „Sicherung der Rechte“ oder einer verwandten Bezeichnung Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes und mancherlei anderes zu vereinigen[1]. Einige erkennen ihn zwar als eine besondere Art des Rechtsschutzes, vermögen ihn aber nicht mit Sicherheit von ähnlichem zu unterscheiden[2]. Die einen wie die anderen beachten nur ganz wenige Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes, die sie mit allem Möglichen zusammenwerfen: mit Rechten ohne Sicherungszweck, wie z. B. dem Klagrecht auf Feststellung einer Tatsache[3], mit Sicherungsmitteln gegen Rechtsverlust, wie dem Anspruch auf Eintragung eines Rechts in ein öffentliches Buch[4], mit freiwilligen Sicherungsmitteln gegen Rechtsverletzung, wie dem Pfandrecht[5], mit ständigen Sicherungsmitteln, wie dem Recht auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung[6], endlich mit Mitteln des ausgleichenden Rechtsschutzes, wie der Klage auf künftige Leistung[7].

Innerhalb des vorbeugenden Rechtsschutzes finden wir dieselben Verschiedenheiten wie innerhalb des Rechtsschutzes überhaupt. Auch hier besteht also die zum Schutz des Berechtigten dienende Veränderung der Rechtslage bald in einer Verschlechterung der Rechtslage des Gegners, bald in einer Verbesserung der eigenen Rechtslage. Und auch hier tritt die neue Gestaltung der Rechtslage bald von selbst ein, bald nur durch eine Willenserklärung des Berechtigten.

---

1) So z. B. Puchta Pand. (12) § 79, Wächter Württemb. PrivR. Bd. 2 S. 345/402, Gierke D. PrivR. Bd. 1 S. 329/335, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) S. 320/328, Enneccerus Bgl. R. Bd. 1 (3) S. 552/564, Leonhard Allg. Teil S. 203/206.

2) So Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 1 (7) S. 224/237, Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 670, 672/675, Crome Bgl. R. Bd. 1 S. 533, 583/601.

3) Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 1 (7) S. 232/237, Crome Bgl. R. Bd. 1 S. 586/590.

4) Wächter Württemb. PrivR. Bd. 2 S. 362/402, Regelsberger Pand Bd. 1 S. 672.

5) Puchta Pand. (12) § 79, Wächter Württemb. PrivR. Bd. 2 S. 345/354, Gierke D. PrivR. Bd. 1 S. 330, Dernburg Preuß. PrivR. Bd. 1 (5) S. 321/323, Enneccerus Bgl. R. Bd 1 (3) S. 562/564, Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 672 bis 673, Crome Bgl. R. Bd. 1 S. 590/593.

6) Förster-Eccius Preuß. PrivR. Bd. 1 (7) S. 227/228, Crome Bgl. R. Bd. 1 S. 595/597, 600/601.

7) Leonhard Allg. Teil S. 204.

Digitized by Google

2.

Um die Stellung der Unterlassungsklage unter den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes bestimmen zu können, müssen wir nunmehr festzustellen suchen, was für Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes unser Recht enthält.

Häufig finden wir, daß zu jemandes Schutz gegen eine drohende Rechtsverletzung die Rechtslage dessen, von dem sie droht, sich verschlechtert.

Der Vermieter kann das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter durch einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache seine Rechte erheblich verletzt hat und darin ungeachtet einer Abmahnung fortfährt (§ 553 BGB.). Der Verpächter kann das Pachtverhältnis kündigen, wenn der Pächter durch einen vertragswidrigen Gebrauch des Pachtgegenstandes seine Rechte erheblich verletzt hat und darin ungeachtet einer Abmahnung fortfährt (§ 581 BGB.). Der Verleiher kann die Leihe kündigen, wenn der Entleiher die Sache durch Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt erheblich gefährdet (§ 605 BGB.).

Wer die Hingabe eines Darlehens versprochen hat, kann das Versprechen im Zweifel widerrufen, wenn später in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eingetreten und dadurch der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet ist (§ 610 BGB.).

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, darf die Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet ist, wenn später in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eingetreten und dadurch der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist (§ 321 BGB.).

Droht bei Gütertrennung eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts, den der Mann der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu gewähren hat, so darf die Frau den Beitrag, den sie zu dem ehelichen Aufwand zu leisten hat, insoweit zur eigenen Verwendung zurückbehalten, als es zur Bestreitung des Unterhalts erforderlich ist (§ 1428 BGB.). Ist nach Scheidung der Ehe eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu befürchten, den der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde schuldet, und steht der Frau die Sorge für die Person des Kindes zu, so darf sie den Beitrag, den sie dem Manne zu den

Digitized by Google

Kosten des Unterhalts zu gewähren hat, zur eigenen Verwendung für das Kind zurückbehalten (§ 1585 BGB.).

Wird jemand rechtswidrig angegriffen, so hat jedermann die Befugnis zur Notwehr: jedermann darf dem Angreifer gegenüber jede Handlung vornehmen, die zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist (§ 227 BGB.).

Besteht die Gefahr, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung eines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde, und ist obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen, so ist der Berechtigte zur Selbsthilfe befugt: er darf zur Abwendung der Gefahr nötigenfalls Sachen, die im Besitz des Verpflichteten sind, wegnehmen, zerstören oder beschädigen, den der Flucht verdächtigen Verpflichteten festnehmen, sowie den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden hat, beseitigen (§§ 229, 230 BGB.).

Noch häufiger finden wir, daß zu jemandes Schutz gegen eine drohende Rechtsverletzung seine eigene Rechtslage sich verbessert.

Nicht selten dient zu diesem Zweck ein Rechtserwerb gegenüber demjenigen, von dem die Verletzung droht.

Hat jemand wegen einer Tötung, Körperverletzung oder Freiheitsberaubung Schadenersatz durch Entrichtung einer Geldrente zu fordern und ist sein Anspruch infolge der Vermögenslage des Verpflichteten von vorn herein oder nachträglich durch eine erhebliche Verschlechterung dieser Vermögenslage gefährdet, so kann er von dem Verpflichteten Sicherheitsleistung verlangen (§§ 843/845 BGB., § 324 ZPO.). Hat jemand mit Beziehung auf verbrauchbare Sachen einen Nießbrauch und ist sein Anspruch, nach Beendigung des Nießbrauchs den Wert der Sachen ersetzt zu erhalten, gefährdet, so kann er wegen dieses Anspruchs Sicherheitsleistung verlangen (§§ 1067, 1068, 1075 BGB.). Droht beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung oder bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft durch das Verhalten des Mannes den Rechten der Frau eine das eingebrachte Gut erheblich gefährdende Verletzung, oder sind die der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet, so kann die Frau von dem Manne wegen ihrer Ersatzansprüche

Digitized by Google

Sicherheitsleistung verlangen (§§ 1391, 1525, 1550, 1439 BGB.). Hat nach Scheidung der Ehe ein Ehegatte von dem andern Unterhalt zu beanspruchen und ist sein Anspruch infolge der Vermögenslage des andern Ehegatten von vorn herein oder nachträglich durch eine erhebliche Verschlechterung dieser Vermögenslage gefährdet, so kann er von dem andern Ehegatten Sicherheitsleistung fordern (§ 1580 BGB., § 324 ZPO.).

Ist die Sicherheit einer Hypothek infolge einer Verschlechterung des Grundstücks oder infolge der Verschlechterung oder ordnungswidrigen Entfernung von Zubehörstücken gefährdet und hat der Eigentümer die Gefährdung nicht innerhalb einer ihm vom Gläubiger bestimmten angemessenen Frist beseitigt, so steht dem Gläubiger das Recht zu, sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§§ 1133, 1135 BGB.).

Zum Schutz des von einer Rechtsverletzung Bedrohten dient hier und da auch ein Rechtserwerb gegenüber einem Dritten.

Maßt sich jemand an einer Sache ein Recht an, so hat der Vermieter der Sache gegenüber dem Mieter das Recht auf unverzügliche Mitteilung (§ 545 BGB.). Ebenso kann der Verpächter von dem Pächter unverzügliche Anzeige fordern, wenn sich jemand an den Gegenstand des Pachtverhältnisses ein Recht anmaßt (§ 581 BGB.). Desgleichen hat der Hauptberechtigte gegenüber dem Nießbraucher Anspruch auf unverzügliche Benachrichtigung, wenn eine solche Rechtsanmaßung mit Bezug auf den Gegenstand des Nießbrauchs stattfindet (§§ 1042, 1068 BGB.).

Ist die Sicherheit einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gefährdet und deshalb nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung ihre Einziehung geboten, so können der Hauptgläubiger und der Nießbraucher von einander die Mitwirkung zur Kündigung fordern (§ 1078 BGB.). Unter den gleichen Umständen kann nötigenfalls der Hauptgläubiger einer Forderung von dem daran Pfandberechtigten die Zustimmung zur Kündigung und der Pfandberechtigte von dem Hauptgläubiger die Kündigung verlangen (§ 1286 BGB.).

Zum Schutz des von einer Rechtsverletzung Bedrohten dient aber besonders häufig ein Rechtserwerb gegenüber dem Staate.

Der Hauptberechtigte beim Nießbrauch hat, wenn der Nießbraucher durch sein Verhalten eine erhebliche Verletzung der Rechte

Digitized by Google

des Hauptberechtigten befürchten läßt und die Sicherheit, zu deren Leistung er deshalb rechtskräftig verurteilt wurde, nicht binnen einer vom Gericht bestimmten angemessenen Frist geleistet hat, oder wenn er die Rechte des Hauptberechtigten in erheblichem Maße verletzt hat und das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Hauptberechtigten fortsetzt, ein Klagrecht darauf, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem Verwalter übertragen wird (§§ 1052, 1054, 1068 BGB.).

Der Gewerbtreibende hat, wenn ein Konkurrent in öffentlichen Bekanntmachungen oder ähnlichen Mitteilungen über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben macht, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, und wenn zu befürchten ist, daß er mit den Angaben fortfährt, ein Recht darauf, daß das Gericht durch einstweilige Verfügung die zur Verhütung weiterer unrichtiger Angaben erforderlichen Anordnungen trifft (§ 3 WettbewGes.).

Die Frau hat beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung eine Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung, wenn durch das Verhalten des Mannes ihren Rechten eine das eingebrachte Gut erheblich gefährdende Verletzung droht, ebenso wenn die ihr aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind, desgleichen wenn der Mann seine Verpflichtung, ihr selbst und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (§ 1418 BGB.) Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft hat die Frau eine Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, wenn der Mann ein Rechtsgeschäft über Gesamtgut ohne ihre erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und ihr für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung droht, ferner wenn der Mann seine Verpflichtung, ihr selbst und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (§§ 1468, 1549 BGB.). Bei der Errungenschaftsgemeinschaft hat die Frau eine Klage auf Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft, wenn der Mann ein Rechtsgeschäft über Gesamtgut ohne ihre erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und ihr für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung droht, wenn durch das Verhalten des Mannes

Digitized by Google

ihren Rechten eine das eingebrachte Gut erheblich gefährdende Verletzung droht, wenn die ihr aus der Verwaltung und Nutznießung an dem eingebrachten Gut zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind, endlich wenn der Mann seine Verpflichtung, ihr selbst und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (§ 1542 BGB.).

Das unter elterlicher Gewalt stehende Kind hat, wenn sein geistiges oder leibliches Wohl dadurch gefährdet ist, daß der Vater oder die Mutter das Recht der Sorge für seine Person mißbraucht oder es vernachlässigt, ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln trifft, insbesondere im geeigneten Falle seine Unterbringung in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt anordnet (§§ 1666, 1686 BGB.). Es hat, wenn sein Vermögen dadurch gefährdet ist, daß der Vater oder die Mutter die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt, ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln trifft, insbesondere nötigenfalls Sicherheitsleistung vorschreibt, (§§ 1667, 1668, 1686 BGB.) und bei Nichtbefolgung seiner Anordnungen dem Vater oder der Mutter gegebenenfalls die Vermögensverwaltung entzieht (§ 1670 BGB.). Es hat endlich, wenn der Vater oder die Mutter sein Recht auf Gewährung von Unterhalt verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht dem Vater oder der Mutter erforderlichenfalls die Vermögensverwaltung oder die Nutznießung oder beides entzieht (§§ 1666, 1686 BGB.).

Der anteilsberechtigte Abkömmling bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat eine Klage auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn der überlebende Ehegatte ein Rechtsgeschäft über Gesamtgut ohne seine erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und ihm für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung droht, desgleichen wenn der überlebende Ehegatte seine Verpflichtung, ihm Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (§§ 1495, 1557 BGB.).

Digitized by Google

Der Mündel hat ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund oder Gegenvormund entläßt, wenn von ihm ein pflichtwidriges Verhalten zu befürchten und seine weitere Tätigkeit deshalb dem Interesse des Mündels gefährlich ist (§§ 1886, 1895, 1897 BGB.). Er hat ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht gegen drohende Pflichtwidrigkeiten des Vormundes oder des Gegenvormundes durch geeignete Gebote oder Verbote einschreitet (§§ 1837, 1897 BGB.). Er hat endlich ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund nötigenfalls dazu anhält, für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen Sicherheit zu leisten oder die geleistete Sicherheit zu erhöhen (§§ 1844, 1897 BGB.). Die gleichen Rechte hat zum Schutz gegen Rechtsverletzungen des Pflegers und des Gegenvormundes der Pflegebefohlene (§ 1915 BGB.).

Der Erbe hat ein Recht darauf, daß, bis er die Erbschaft angenommen hat und dies bekannt ist, das Nachlaßgericht die erforderlichen Maßregeln zur Sicherung des Nachlasses trifft, insbesondere nötigenfalls die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses anordnet oder einen Nachlaßpfleger bestellt (§ 1960 BGB.).

Die Konkursgläubiger haben ein Recht darauf, daß das Konkursgericht, wenn die Sicherung der Masse dies fordert, die Haft des Gemeinschuldners anordnet und schon beim Bevorstehen der Konkurseröffnung alle zur Sicherung der Masse erforderlichen einstweiligen Anordnungen trifft (§§ 101, 106 KO.).

Jeder, dem eine Geldforderung zusteht, oder doch ein Anspruch, der in eine solche übergehen kann, hat, wenn der Zwangsvollstreckung wegen dieser Geldforderung die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung droht, ein Recht darauf, daß das Gericht zur Sicherung der Zwangsvollstreckung einen Arrestbefehl erläßt (§§ 916/918, 920, 926, 927 ZPO.).

Jeder, dem ein Anspruch auf ein Unterlassen zusteht, hat, wenn eine Verletzung des Rechts, zu dem der Anspruch gehört, bei Forderungsrechten außerdem ungeachtet einer Abmahnung eine weitere Verletzung, stattgefunden hat und infolgedessen die künftige Verletzung des Anspruchs befürchtet werden muß, die Unterlassungsklage.

Jeder, dem irgend ein Anspruch mit Ausnahme einer Geldforderung zusteht, hat, wenn der Verwirklichung des Anspruchs, sei

Digitized by Google

es schon durch die bloße Verletzung, sei es durch eine sonstige Veränderung des bestehenden Zustandes, die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung droht, ein Recht darauf, daß das Gericht durch einstweilige Verfügung die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen vorläufigen Anordnungen trifft (§§ 935, 936, 938 ZPO.).

Die wichtigsten Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, die unser Recht enthält, sind damit aufgezählt. Die Zusammenstellung wird sich vervollständigen lassen, Schutzmittel von allgemeinerer Bedeutung werden kaum hinzukommen. Manche scheinbare Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes gehören nicht hierher.

So die Feststellungsklage (§ 256 ZPO.). Sie ist kein Mittel des Rechtsschutzes, sondern ein selbständiges Recht[1]. Sie dient nicht dazu, ein von der Gefahr der Verletzung bedrohtes Recht zu schützen, sondern sehr verschiedene Bedürfnisse zu befriedigen. Daher kann auf Feststellung geklagt werden, auch ohne daß überhaupt ein Recht des Klägers in Betracht kommt. Die Klage kann nicht nur auf die Feststellung gerichtet werden, daß der Kläger ein Recht hat, sondern auch auf die Feststellung, daß der Beklagte ein solches nicht hat oder daß eine Urkunde, nach der er ein solches haben würde, unecht oder eine andere, nach der er es nicht haben würde, echt ist. Und soweit ein Recht des Klägers in Betracht kommt, kann nicht nur zur Abwendung einer Verletzungsgefahr auf Feststellung geklagt werden, sondern auch zu ganz anderen Zwecken. Ist etwa ein Mietvertrag über eine Wohnung nach Ansicht des Mieters gültig, nach Ansicht des Vermieters ungültig, so kann der Mieter auf Feststellung seines Mietrechts klagen, auch wenn er vorläufig keine Störung in der Benutzung der Wohnung zu fürchten hat, um sich über die zu treffenden Maßregeln klar zu werden.

Das Gleiche gilt für das Recht auf eine einstweilige Verfügung zum Zweck der Regelung des einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (§ 940 ZPO.). Während das Recht auf eine andere einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO.) dazu dient, ein Recht zu schützen, dient das Recht auf diese einstweilige Verfügung dazu, irgendwelche Nachteile zu verhüten, die sich aus der Streitigkeit eines Rechtsverhältnisses ergeben können. Während man, um eine

1) Über den Gegensatz siehe oben S. 220.

Digitized by Google

andere einstweilige Verfügung zu erlangen, glaubhaft machen muß, daß man ein Recht hat und daß dessen Verwirklichung gefährdet ist (§§ 920, 936, 935 ZPO.), braucht man zur Erwirkung dieser einstweiligen Verfügung nur glaubhaft zu machen, daß die begehrte Regelung des einstweiligen Zustandes aus irgendwelchen Gründen geboten ist (§§ 920, 936, 940 ZPO.). Das Recht auf eine andere einstweilige Verfügung ist ein Mittel des Rechtsschutzes, das Recht auf diese einstweilige Verfügung ist ein selbständiges Recht.

Zu den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes gehören auch nicht das Recht auf Eintragung eines Rechtes in das Grundbuch (§§ 13, 14 GrundbO.), das Recht auf Zustimmung zu einer Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB.) und das Recht darauf, daß durch einstweilige Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs angeordnet wird (§ 899 BGB.). Diese Rechte sind keine Mittel des Rechtsschutzes, sondern Sicherungsmittel gegen Rechtsverlust[1]. Sie sollen nicht verhüten, daß der dem gesicherten Recht entsprechende tatsächliche Zustand gestört wird, sondern daß das Recht erlischt oder eine Einschränkung erleidet. Daß z. B. der Eigentümer, an dessen Stelle zu Unrecht ein anderer eingetragen ist, die Berichtigung des Grundbuchs oder die Eintragung eines Widerspruchs gegen dessen Richtigkeit erwirken kann, schützt ihn gegen keinerlei Verletzung seines Eigentums, weder gegen die Entziehung des Grundstücks, noch gegen eine sonstige Beeinträchtigung, aber es schützt ihn dagegen, daß er sein Eigentum durch Auflassung des Grundstücks an einen gutgläubigen Dritten (§ 892 BGB.) oder durch dreißigjährigen Eigenbesitz des Eingetragenen (§ 900 BGB.) verliert.

Ebensowenig gehören zu den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes die einem Gläubiger bestellte Hypothek (§ 1113 BGB.), das ihm eingeräumte Pfandrecht (§§ 1204, 1273 BGB.), sein Recht gegenüber einem Bürgen (§ 765 BGB.) und sein Recht auf eine Vertragsstrafe (§ 339 BGB.). Wir haben es hier nicht mit Rechtsschutz, sondern mit freiwilliger Sicherung gegen Rechtsverletzung zu tun[2]. Der Berechtigte ist gegen die Gefahr einer Verletzung nicht unmittelbar auf Grund einer Rechtsvorschrift geschützt, sondern er verdankt seine Sicherheit lediglich dem freien Willen des Verpflichteten.

1) Über den Gegensatz siehe oben S. 220/221.

2) Über den Gegensatz siehe oben S. 221.

Digitized by Google

Zu den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes gehören auch nicht das gesetzliche Pfandrecht, wie es etwa dem Vermieter (§ 559 BGB.), dem Verpächter (§§ 581, 585 BGB.) und dem Pächter (§ 590 BGB.), dem Gastwirt (§ 704 BGB.) und dem Werkunternehmer (§ 647 BGB.) zusteht; das Recht auf Ablegung von Rechenschaft, wie es z. B. dem Auftraggeber gegen den Beauftragten (§ 666 BGB.), dem Geschäftsherrn gegen den unbeauftragten Geschäftsführer (§ 681 BGB.), den Gesellschaftern gegen den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB.), dem Mündel gegen den Vormund (§§ 1840, 1897 BGB.), dem Erben gegen den Testamentsvollstrecker (§ 2218 BGB.), dem Verein gegen den Vorstand (§ 27 BGB.) zusteht; das Recht auf Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses, wie es der Frau gegenüber dem Manne (§§ 1372, 1439, 1528, 1550 BGB.), dem Kinde gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1640, 1669, 1686 BGB.), dem Mündel gegenüber dem Vormund (§§ 1802, 1897 BGB.), dem Nacherben gegenüber dem Vorerben (§ 2121 BGB.) zusteht; das Recht auf Leistung des Offenbarungseides, wie es unter Umständen demjenigen, welcher Rechenschaft oder Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses fordern kann, gegen den Verpflichteten (§§ 259, 260 BGB.), dem Erben gegen die Hausgenossen des Erblassers (§ 2028 BGB.), einem Erben gegen den andern (§ 2057 BGB.), den Nachlaßgläubigern gegen den Erben (§ 2006 BGB.) gegeben ist. Alle diese Rechte sind keine Mittel des Rechtsschutzes, sondern ständige Sicherungsmittel gegen Rechtsverletzung[1]. Sie treten dem gesicherten Recht nicht erst mit der Gefahr seiner Verletzung zur Seite, sondern sind von vorn herein mit ihm gegeben.

Ebenso ist es mit dem Zurückbehaltungsrecht dessen, der einem andern zu etwas verpflichtet ist und aus demselben Rechtsgrunde einen fälligen Anspruch gegen ihn hat, sowie dessen, der jemandem einen Gegenstand herauszugeben hat und wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder Schädigung durch ihn Ersatz verlangen kann (§ 273 BGB.). Denn in anderen Fällen ist freilich das Zurückbehaltungsrecht dadurch bedingt, daß ein Recht bedroht ist (§§ 1428, 1585 BGB.), es ist ein Mittel des Rechtsschutzes. Hier aber ist es von vorn herein gegeben, auch wenn keinerlei Gefahr besteht, es ist ein ständiges Sicherungsmittel.

1) Über den Gegensatz siehe oben S. 221/222.

Digitized by Google

Ebenso ist es auch mit dem Recht auf Sicherheitsleistung, das dem Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher zusteht, welcher im Übermaß Früchte gezogen hat (§§ 1039, 1068 BGB.) oder sich so verhält, daß eine erhebliche Verletzung des Hauptberechtigten zu befürchten ist (§§ 1051, 1068 BGB.), und mit dem Recht auf Sicherheitsleistung, das dem Nacherben gegen den Vorerben gegeben ist, dessen Verhalten eine erhebliche Verletzung der Rechte des Nacherben befürchten läßt (§ 2128 BGB.). Dieses Recht auf Sicherheitsleistung schützt nicht den Anspruch des Hauptberechtigten oder Nacherben auf Unterlassung von Übergriffen, sondern nur seinen Anspruch auf Geldersatz wegen solcher Übergriffe, denn eine Sicherheitsleistung vermag nur Geldforderungen Schutz zu gewähren (§§ 233, 1228, 1277 BGB.). Während nun in anderen Fällen das Recht auf Sicherheitsleistung erst entsteht, wenn eine Gefährdung der Geldforderung eintritt (§§ 1067, 1068, 1075, 1391, 1525, 1530, 1439, 1580, 843/845 BGB., § 324 ZPO.), besteht es hier von vorn herein, auch wenn der Nießbraucher oder Vorerbe in den besten Vermögensverhältnissen und der Ersatzanspruch in keiner Weise gefährdet ist. Während in jenen anderen Fällen das Recht auf Sicherheitsleistung dem Rechtsschutz dient, dient es hier der ständigen Sicherung eines Rechtes.

Das Gleiche gilt für das Recht dessen, der gegen einen andern auf Unterlassung einer Verletzung geklagt, ein Unterlassungsgebot gegen ihn erwirkt, nachher aber dennoch eine Verletzung von ihm erlitten hat, darauf, daß das Gericht jenem die Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Verletzungen entstehenden Schaden auferlegt (§ 890 ZPO.). Dieses Recht sichert nicht den Anspruch auf Unterlassung weiterer Verletzungen, sondern den künftigen Anspruch auf Geldersatz wegen solcher Verletzungen (§§ 233, 1228, 1277 BGB.). Im Gegensatz zu anderen Fällen, in denen die gerichtliche Anordnung einer Sicherheitsleistung erst bei Gefährdung der Geldforderung verlangt werden kann (§§ 1668, 1686, 1844, 1897, 1915 BGB.), kann hier die Anordnung der Sicherheitsleistung verlangt werden, auch wenn der Verpflichtete wohlhabend und der Ersatzanspruch gegen ihn in keiner Weise gefährdet ist. In jenen anderen Fällen ist das Recht auf Anordnung der Sicherheitsleistung ein Mittel des Rechtsschutzes, hier ist es ein ständiges Sicherungsmittel.

Das Gleiche gilt auch für das den Zwecken des unehelichen Kindes dienende Recht, daß dem Vater durch einstweilige Verfügung

Digitized by Google

aufgegeben wird, den Betrag der Unterhaltskosten für die ersten drei Monate eine angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen, sowie für das Recht der Mutter, daß ihm durch einstweilige Verfügung dasselbe wegen der Kosten ihres Unterhalts in den ersten sechs Wochen nach der Entbindung und wegen der sonstigen Kosten der Schwangerschaft und Entbindung aufgegeben wird (§ 1716 BGB.). Ferner für das Recht dessen, der die Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder die Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechts zu fordern hat, daß durch einstweilige Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs angeordnet wird (§§ 883, 885 BGB.). Das Recht auf die einstweilige Verfügung ist hier nicht nur begründet, wenn zu befürchten ist, daß der Vater sich der rechtzeitigen Erfüllung seiner Verpflichtungen entziehen oder daß der Verkäufer des Grundstücks sich die Auflassung an den Käufer, etwa durch Auflassung an einen andern, unmöglich machen werde, sondern von vorn herein, auch wenn der Anspruch des Berechtigten in keiner Weise gefährdet ist. Während man zur Erwirkung anderer einstweiliger Verfügungen glaubhaft machen muß, daß der Verwirklichung eines Rechts Gefahr droht (§§ 935, 936, 920 ZPO.), braucht man, um diese einstweiligen Verfügungen zu erwirken, keinerlei Gefährdung glaubhaft zu machen (§§ 1716, 885 BGB.). Das Recht auf andere einstweilige Verfügungen ist ein Mittel des Rechtsschutzes, das Recht auf diese einstweiligen Verfügungen ist ein ständiges Sicherungsmittel.

Nicht zu den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes gehört es auch, daß jemand, der gegen einen andern eine fällige Forderung hat, gegenüber einer diesem zustehenden gleichartigen Forderung aufrechnen (§§ 387/389 BGB.) und daß der Gläubiger einer fälligen und vollstreckbaren Forderung, im Konkursverfahren aber für die beteiligten Gläubiger der Konkursverwalter, gewisse Rechtshandlungen des Schuldners anfechten kann (§§ 1, 2 Anfechtungsges., § 29 KO.). Dies sind nicht Mittel des vorbeugenden, sondern des ausgleichenden Rechtsschutzes[1]. Sie dienen nicht der Sicherung, sondern der Befriedigung des Berechtigten. Die Aufrechnung hat nicht die Bedeutung, daß der Gläubiger sich die ihm zukommende Leistung sichert, sondern, daß er sie sich verschafft (§ 389 BGB.), und ebenso erfolgt die An-

1) Über den Gegensatz siehe oben S. 222.

Digitized by Google

fechtung nicht zum Zweck der Sicherstellung, sondern zu dem der Befriedigung des Gläubigers (§ 1 Anfechtungsges., § 3 KO.).

Ebenso ist es mit der Befugnis des Besitzers, eine ihm mittels verbotener Eigenmacht weggenommene bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abzunehmen und sich eines ihm durch verbotene Eigenmacht entzogenen Grundstücks sofort nach der Entziehung durch Entsetzung des Täters wieder zu bemächtigen (§ 859 BGB.). Während sonst die Befugnis zur Selbsthilfe vorbeugender Natur ist und dazu dient, zu verhüten, daß die Verwirklichung eines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§ 229 BGB.), ist sie hier ausgleichender Natur, sie soll einfach dem Besitzer die entzogene Sache wiederverschaffen. Während man sonst nur zugunsten eines gefährdeten Anspruchs Selbsthilfe üben darf, darf man sie hier üben, auch ohne daß dem Anspruch auf Wiedererlangung der Sache irgend eine Gefahr droht. Daher haben wir es hier nicht mit vorbeugendem, sondern mit ausgleichendem Rechtsschutz zu tun.

Das gleiche gilt für die Klage auf künftige Leistung, wie sie dem zusteht, der eine nicht von einer Gegenleistung abhängige an einem bestimmten Kalendertage fällige Geldforderung oder einen an einem bestimmten Kalendertage fälligen Räumungsanspruch hat, ferner jenem, der einen Anspruch auf wiederkehrende Leistungen hat, endlich überhaupt jedem Gläubiger, der befürchten muß, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entzieht (§§ 257/259 ZPO.). Gleich der Klage auf die fällige dient auch die Klage auf die künftige Leistung nicht der Verhütung, sondern der Beseitigung einer Verletzung. Die Klage des Vermieters auf künftige Räumung z. B. soll nicht verhüten, daß der Mieter seine Räumungspflicht verletzt, sondern bewirken, daß die erfolgte Verletzung alsbald im Wege der Zwangsvollstreckung beseitigt werden kann. Die Klage auf künftige Leistung gehört daher nicht dem vorbeugenden, sondern dem ausgleichenden Rechtsschutz an[1].

3.

Um bestimmen zu können, was für eine Stellung die Unterlassungsklage unter den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes ein-

1) Näheres oben S. 86/88.

Digitized by Google

nimmt, müssen wir jetzt noch die Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, die unser Recht enthält, näher kennen zu lernen suchen.

Zum größten Teil haben diese Mittel nur ein engbegrenztes Anwendungsgebiet.

Sehr viele schützen nur einen einzelnen Anspruch oder einen kleinen Kreis von Ansprüchen.

Hierher gehören das Kündigungsrecht des Vermieters (§ 553 BGB.), des Verpächters (§ 581 BGB.) und des Verleihers (§ 605 BGB.). Das Widerrufsrecht dessen, der ein Darlehen versprochen hat (§ 610 BGB.). Das Leistungsverweigerungsrecht des aus einem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung Verpflichteten (§ 321 BGB.). Das Recht dessen, der wegen einer Tötung, Körperverletzung oder Freiheitsberaubung Schadenersatz verlangen kann, auf Sicherheitsleistung (§§ 843/845 BGB., § 324 ZPO.). Die Klage des Hauptberechtigten darauf, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem Verwalter übertragen wird (§§ 1052, 1054, 1068 BGB.). Das Recht dessen, der mit Beziehung auf verbrauchbare Sachen einen Nießbrauch bestellt hat, auf Sicherheitsleistung (§§ 1067, 1068, 1075 BGB.). Das Recht des Hypothekengläubigers, sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§§ 1133, 1135 BGB.). Das Recht des Gewerbtreibenden auf eine einstweilige Verfügung, durch die sein Konkurrent verhindert wird, weitere unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse zu machen (§ 3 WettbewGes.).

Ferner das Recht der im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung oder in einer der verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft lebenden Frau auf Sicherheitsleistung (§§ 1391, 1525, 1550, 1439 BGB.). Die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft (§§ 1418, 1468, 1549, 1542 BGB.). Die Befugnis der in Gütertrennung lebenden Frau, den Beitrag zum ehelichen Aufwand zurückzubehalten (§ 1428 BGB.). Das Recht des geschiedenen Ehegatten auf Sicherheitsleistung wegen seines Unterhaltsanspruchs (§ 1580 BGB., § 324 ZPO.). Die Befugnis der geschiedenen Frau, den Beitrag zu dem Unterhalt des Kindes zurückzubehalten (§ 1585 BGB.). Das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes darauf, daß das Vormundschaftsgericht gegenüber drohenden Rechtswidrigkeiten des Vaters oder der Mutter

Digitized by Google

die nötigen Maßregeln zu seinem Schutze trifft (§§ 1666, 1667, 1668, 1670, 1686 BGB.). Die Klage des Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1495, 1557 BGB.). Das Recht des Mündels darauf, daß das Vormundschaftsgericht gegenüber drohenden Rechtswidrigkeiten des Vormundes oder Gegenvormundes (§§ 1837, 1886, 1895, 1844, 1897 BGB.), und das des Pflegebefohlenen darauf, daß es gegenüber solchen des Pflegers oder Gegenvormundes (§ 1915 BGB.) die erforderlichen Maßregeln trifft.

Das Gebiet anderer vorbeugender Schutzmittel ist in der Art engbegrenzt, daß sie zwar einen weiteren Kreis von Ansprüchen schützen, aber nur gegen eine besondere Verletzungsgefahr.

So genießen die Ansprüche, die bei den Ausschließungsrechten jedermann gegenüber begründet sind, einen gemeinsamen Schutz gegen die besondere Gefahr, die sich daraus ergeben kann, daß der Gegenstand des Ausschließungsrechtes einem fremden Gebrauch unterworfen ist und das Drohen einer Verletzung dem Berechtigten infolgedessen leicht verborgen bleiben kann. Zur Abwendung dieser Gefahr dienen das Recht des Vermieters gegen den Mieter (§ 545 BGB.), das des Verpächters gegen den Pächter (§ 581 BGB.) und das des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher (§§ 1042, 1068 BGB.) auf unverzügliche Benachrichtigung von der Rechtsanmaßung eines Dritten.

Die Ansprüche, die bei den Forderungsrechten irgend jemandem gegenüber bestehen, genießen einen gemeinsamen Schutz gegen die besondere Gefahr, die daraus erwachsen kann, daß ein Berechtigter nicht die selbständige Verfügung über das Forderungsrecht hat oder daß der Verpflichtete in eine verzweifelte Vermögenslage gerät. Zur Abwehr der ersten Gefahr dient es, daß bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, wenn deren Sicherheit gefährdet ist, der Hauptgläubiger und der Nießbraucher nötigenfalls von einander die Mitwirkung zur Kündigung verlangen können (§ 1078 BGB.), und daß bei jeder gefährdeten Forderung der Hauptgläubiger von dem daran Pfandberechtigten erforderlichenfalls die Zustimmung zur Kündigung und der Pfandberechtigte von dem Hauptgläubiger die Kündigung verlangen kann (§ 1286 BGB.). Zur Abwehr der zweiten Gefahr dient das Recht der Gläubiger darauf, daß das Konkursgericht, wenn dies zur Sicherung der Masse notwendig ist, die Haft des Ge-

Digitized by Google

meinschuldners anordnet, und daß es schon beim Bevorstehen der Konkurseröffnung alle zur Sicherung der Masse gebotenen einstweiligen Anordnungen trifft (§§ 101, 106 KO.).

Ansprüche jeder Art endlich genießen einen gemeinsamen Schutz gegen die besondere Gefahr, die daraus hervorgehen kann, daß der Berechtigte gestorben und sein Erbe noch ungewiß oder unbekannt ist. Zur Abwendung dieser Gefahr dient das Recht des Erben darauf, daß das Nachlaßgericht die zur Sicherung des Nachlasses erforderlichen Maßregeln trifft (§ 1960 BGB.).

Wir haben nur wenige allgemeinere Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes, d. h. solche, die einen weiteren Kreis von Ansprüchen gegen die mannigfachsten Verletzungen schützen. Dies sind die Befugnis zur Notwehr und zur Selbsthilfe, das Recht auf einen Arrestbefehl und auf eine einstweilige Verfügung und die Unterlassungsklage.

Die Befugnis zur Notwehr schützt alle Ansprüche auf ein Unterlassen mit Ausnahme der Ansprüche auf ein Dulden. Der Schutz findet überall statt, wo jemand mit einem Tun begonnen hat, dessen Vollendung eine rechtswidrige Veränderung des Bestehenden darstellen würde. Er besteht in der Befugnis für jedermann, jede zur Abwendung der Rechtsverletzung erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 227 BGB.).

Die Befugnis zur Selbsthilfe schützt alle Ansprüche auf ein Tun und außerdem alle Ansprüche auf ein Dulden. Der Schutz findet überall statt, wo die Gefahr besteht, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde, und obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Er besteht in der Befugnis, zur Abwendung der Gefahr nötigenfalls Sachen, an denen der Verpflichtete ein Recht hat, wegzunehmen, zu zerstören oder zu beschädigen, ihn selbst beim Verdacht der Flucht festzunehmen, sowie seinen Widerstand gegen eine Handlung, die er zu dulden hat, zu beseitigen (§§ 229, 230 BGB.).

Das Recht auf einen Arrestbefehl gewährt allen Ansprüchen auf Zahlung einer Geldsumme Schutz. Der Schutz findet überall statt, wo mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist, daß die Zwangsvollstreckung wegen eines solchen Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Er besteht in dem Recht darauf, daß das

Digitized by Google

Gericht vorläufig die zur Sicherung der Zwangsvollstreckung erforderlichen Anordnungen trifft (§§ 916/918, 920, 926, 927 ZPO.).

Das Recht auf eine einstweilige Verfügung gewährt allen Ansprüchen Schutz, die nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind. Der Schutz findet bei den Ansprüchen auf ein Tun oder Dulden überall statt, wo mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist, daß die Verwirklichung des Anspruchs durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert werde, bei den Ansprüchen auf ein Unterlassen überall, wo mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Verletzung des Anspruchs zu befürchten ist. Der Schutz besteht in dem Recht darauf, daß das Gericht vorläufig die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen trifft (§§ 935, 936, 938 ZPO.).

Die Unterlassungsklage endlich schützt alle Ansprüche auf ein Unterlassen. Der Schutz findet überall statt, wo ein Recht verletzt worden ist, bei einem Forderungsrecht außerdem ungeachtet einer Abmahnung eine weitere Verletzung stattgefunden hat, und infolgedessen die Verletzung eines zu dem Recht gehörigen Anspruchs auf ein Unterlassen befürchtet werden muß. Der Schutz besteht in dem Recht darauf, daß das Gericht dem Verletzer die Verletzung verbietet, ihm auch, wenn er nicht etwa eine Körperschaft ist, für jede schuldhafte Zuwiderhandlung gegen das Verbot eine angemessene Strafe, höchstens aber eine Geldstrafe von fünfzehnhundert Mark oder eine Haftstrafe von sechs Monaten, androht.

Das Gesagte bedarf nur in zwei Punkten der Begründung, bezüglich der Befugnis zur Notwehr und bezüglich des Rechts auf eine einstweilige Verfügung.

Was die Befugnis zur Notwehr angeht, so könnte man nach zwei verschiedenen Richtungen hin Bedenken haben.

Erstens: ist es richtig, daß nur zum Schutz der Ansprüche auf ein reines Unterlassen, nicht auch zum Schutz der Ansprüche auf ein Dulden die Notwehr gestattet ist?

Ganz allgemein betrachtet man die Notwehr als überall zulässig, wo jemand mit einem Tun begonnen hat, dessen Vollendung eine Rechtsverletzung sein würde[1]. Danach würde die Notwehr nicht nur

1) So z. B. für das Strafrecht Hälschner Gem. d. StrR. Bd. 1 S. 485, Merkel Str.R. S. 162, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 735/737, v. Liszt

dort stattfinden, wo jemandes Tun einen Anspruch auf ein reines Unterlassen, sondern ebensogut auch dort, wo es einen Anspruch auf ein Dulden zu verletzen droht. Ich wäre nicht nur zur Notwehr befugt, wenn jemand rechtswidrig durch meinen Garten gehen oder in mein Haus eindringen will, sondern in der gleichen Weise auch dann, wenn mich selbst ein anderer hindern will, sein Grundstück in Ausübung einer Dienstbarkeit zu betreten oder zur Wiedererlangung meines Bienenschwarmes aus seinem Bienenstock die Waben herauszubrechen.

Hier stellt man sich das Anwendungsgebiet der Notwehr zu weit vor.

Man muß zwischen Ansprüchen auf ein reines Unterlassen und Ansprüchen auf ein Dulden unterscheiden[1]. Die Ansprüche auf ein reines Unterlassen gewährleisten dem Berechtigten, daß ein ihm nachteiliger Vorgang unterbleibt: niemand darf unbefugt mein Haus betreten, mir meine Uhr wegnehmen (§ 903 BGB.), mich mißhandeln (§ 823 BGB.), sich die mir versprochene Leistung unmöglich machen (§ 280 BGB.). Die Ansprüche auf ein Dulden gewährleisten dem Berechtigten, daß ein ihm vorteilhafter Vorgang sich ungehindert vollzieht: der Eigentümer eines Grundstücks darf mich nicht hindern, daß ich im Notfall in sein Haus flüchte (§ 904 BGB.), in Ausübung einer Dienstbarkeit durch seinen Hof gehe (§ 1018 BGB.), zur Wiedererlangung meiner Bienen die Waben aus seinem Bienenstock herausbreche (§ 962 BGB.), einen Ofen, den ich als Mieter habe setzen lassen, wegnehmen lasse (§ 547 BGB.). Ein rechtswidriges Tun hat eine völlig verschiedene Bedeutung, jenachdem es gegen einen Anspruch der einen oder der anderen Art ge-

---

StrR. (14, 15) S. 144, Olshausen StGB. (7) Note 5 zu § 53, Rüdorff u. Stenglein StGB. (4) Note 7 zu § 53, Stammler Notstand S. 4. Für das bürgerliche Recht Enneccerus Bgl.R. Bd. 1 (3) S. 553, Münz Notwehr, Notstand u. Nothilfe S. 18/19.

1) Siehe oben S. 133/134. Man hat über die Ansprüche auf ein Dulden gestritten. Nach du Chesne im Sächs.Arch. Bd. 11 S. 531 ist „der Anspruch auf ein Dulden vom Anspruch auf ein Unterlassen begrifflich durchaus verschieden", nach Wendt im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 16/17 bilden „die Duldungspflichten nur eine spezielle Gruppe der Unterlassungspflichten". In Wirklichkeit gehören die Ansprüche auf ein Dulden ihrem Inhalt nach allerdings mit den anderen Ansprüchen auf ein Unterlassen zusammen: sie gehen auf Unterlassung des Widerstandes gegen ein fremdes Tun, dagegen ihrem Zweck nach mit den Ansprüchen auf ein Tun: sie gewährleisten dem Berechtigten eine ihm vorteilhafte Änderung des Bestehenden.

Digitized by Google

richtet ist. Ein rechtswidriges Tun, das sich gegen einen Anspruch auf ein reines Unterlassen richtet, will zum Nachteil des Berechtigten das Bestehende ändern. Ein rechtswidriges Tun, das sich gegen einen Anspruch auf ein Dulden richtet, will umgekehrt zu seinem Nachteil eine Änderung des Bestehenden hindern. Die Notwehr ist nur dort gestattet, wo die Verletzung eines Anspruchs auf ein reines Unterlassen droht.

Das folgt bereits aus dem Grundgedanken der Notwehrbefugnis. Er liegt in der Erhaltung des Bestehenden. Wie in anderen Rechten so sind auch in unserem Recht die Selbsthilfe (§§ 229, 230 BGB.) und die Notwehr (§ 227 BGB.) ganz verschieden ausgestaltet. Die Selbsthilfe ist nur unter schweren Voraussetzungen mit wenigen Mitteln zulässig, die Notwehr aber unter leichten Voraussetzungen mit allen möglichen Mitteln. Dies beruht darauf, daß jene aggressiver, diese dagegen defensiver Natur ist, daß jene dazu dient, eine uns vorteilhafte Veränderung des Bestehenden herbeizuführen, diese nur dazu, das uns vorteilhafte Bestehende zu erhalten. Während nun die Ansprüche auf ein reines Unterlassen dem Berechtigten die ungestörte Erhaltung des Bestehenden gewährleisten, gewährleisten ihm die Ansprüche auf ein Dulden den ungehinderten Eintritt einer Veränderung. Daher kann nur zum Schutz der ersten, nicht auch der letzten die Notwehr stattfinden.

Das tritt in der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ebenso wie des Strafgesetzbuchs, deutlich hervor. § 227 BGB. läßt einem „rechtswidrigen Angriff“ gegenüber die „Notwehr“ zu. Unter einem Angriff versteht die Sprache lediglich ein auf Änderung des Bestehenden, unter Notwehr lediglich ein auf dessen Erhaltung gerichtetes Tun. Man wird es nicht als einen Angriff bezeichnen, wenn jemand sich der Erfüllung eines Anspruchs auf ein Dulden zu entziehen sucht, etwa indem er dem Berechtigten die Tür zuhält: rechtswidrige Verteidigung ist kein rechtswidriger Angriff. Und ebenso wird man es nicht Notwehr nennen, wenn jemand die Erfüllung eines Anspruchs auf ein Dulden durchzusetzen sucht, etwa indem er mit Gewalt in das Haus des Verpflichteten eindringt: Überwindung rechtswidriger Verteidigung ist nicht selbst Verteidigung. Wir haben keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß § 227 die Worte Angriff und Notwehr in einem neuen, weiteren Sinne verwendete, und müssen daher annehmen, daß § 227 nur zum Schutz der Ansprüche

auf ein reines Unterlassen, nicht auch der Ansprüche auf ein Dulden die Notwehr zuläßt.

Bestätigt wird dies Ergebnis durch § 229 BGB. Diese Vorschrift gestattet es, den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verbunden ist, im Wege der Selbsthilfe zu beseitigen. Es hätte keinen Sinn, daß hier zum Schutz der Ansprüche auf ein Dulden die sowohl ihren Voraussetzungen wie ihren Mitteln nach so eng begrenzte Befugnis zur Selbsthilfe gewährt wäre, wenn zu ihrem Schutze die soviel weiter reichende Befugnis zur Notwehr bestände. Wir müssen daher annehmen, daß nach unserem Recht nur zum Schutz der Rechte auf ein reines Unterlassen, nicht auch der Rechte auf ein Dulden die Notwehr zulässig ist.

Zweitens: ist es richtig, daß zum Schutz jedwedes Anspruches auf ein reines Unterlassen die Notwehr stattfindet?

Hier soll nicht die willkürliche und unbegründete Behauptung Neubeckers[1] erörtert werden, daß die Notwehr nur zum Schutz der persönlichen Unversehrtheit und der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, also nicht einmal zum Schutz des Eigentums, gestattet sei. Sie gründet sich nur auf schwächliche Angst vor der Eigenmacht. Statt es mit Freude zu begrüßen, daß die Befugnis zur Notwehr Rechtsverletzungen verhütet, wo sonst der Berechtigte vielleicht auf einen wertlosen Schadenersatzanspruch angewiesen wäre, erblickt Neubecker in ihr weiter nichts als eine Quelle von Gewalttaten. Er verkennt dabei, daß schon die bloße Möglichkeit der Notwehr den zur Verletzung Geneigten in vielen Fällen von seinem Vorhaben abhält und so die Notwehr selbst überflüssig macht. Er übersieht auch, daß die Schadenersatzpflicht und die Strafe, die sowohl der unbefugten Notwehrhandlung wie dem Widerstand gegen die rechtmäßige Notwehrhandlung drohen, den befürchteten Gewalttätigkeiten entgegenwirken. Und so sucht er ein wertvolles Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes nach Möglichkeit einzuschränken, statt es zu voller Wirksamkeit zu entfalten. Auf diese Gedankengänge braucht nicht näher eingegangen zu werden. Dagegen bedarf eine Frage der Untersuchung: ist die Notwehr nur zum Schutz der in Ausschließungsrechten enthaltenen Ansprüche auf ein reines Unterlassen gestattet oder auch zum Schutz derjenigen, die in Forderungsrechten enthalten sind?

1) Neubecker in der D.JurZtg. Bd. 10 S. 146/151, dagegen Eltzbacher in der D.JurZtg. Bd. 10 S. 239/244.

Digitized by Google

Bei Betrachtung der Notwehr denkt man ganz allgemein nur an den Schutz der Ausschließungsrechte. Vielfach spricht man zwar den Satz aus, daß die Notwehr zum Schutz jedes beliebigen Rechts gestattet, daß „jedes Gut wehrfähig" sei [1], aber hierbei hat man immer nur Ausschließungsrechte im Auge, und die Beispiele, die man gibt, gehören sämtlich diesem Gebiete an. Man beschäftigt sich mit der Notwehr zum Schutz des Persönlichkeitsrechts, des Eigentums, der Dienstbarkeiten, des Besitzes, des Namen- und des Urheberrechts, legt sich aber gar nicht die Frage vor, ob nicht auch zum Schutz des dem Vermieter, dem Käufer, dem Dienstherrn zustehenden Rechts die Notwehr in Betracht komme [2]. Endemann [3] und v. Liszt [4] erklären eine Notwehr „gegen einfache Vertragsverletzungen" geradezu für unzulässig, freilich beruft sich jener nur darauf, daß das Nichtbewirken der geschuldeten Leistung niemals einen Angriff enthalten könne, und dieser verzichtet auf jede Begründung.

Hier macht man sich von dem Anwendungsgebiet der Notwehr eine zu enge Vorstellung.

Man darf nicht übersehen, daß auch die Forderungsrechte vielfach Ansprüche auf ein reines Unterlassen enthalten. In den meisten Forderungsrechten stehen allerdings die Ansprüche auf ein Tun und auf ein Dulden durchaus im Vordergrunde, aber fast alle Forderungsrechte umfassen daneben doch auch irgendwelche Ansprüche auf ein reines Unterlassen. So sind der Handlungsgehilfe (§ 60 HGB.) und der Handelslehrling (§ 76 HGB.) verpflichtet, ohne Einwilligung des Prinzipals kein Handelsgewerbe zu betreiben. Der Käufer eines

1) So für das Strafrecht z. B. Hälschner Gem. d. StrR. Bd. 1 S. 484/485, Merkel StrR. S. 163, Berner StrR. (18) S. 110, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 743/746, Finger Deutsches StrR. Bd. 1 S. 385, Olshausen StGB. (7) Note 5 zu § 53, Rüdorff u. Stenglein StGB. (4) Note 2 zu § 53, Frank StGB. (3, 4) Note I zu § 53. Für das bürgerliche Recht Enneccerus Bgl.R. Bd. 1 (3) S. 553, Crome Bgl.R. Bd. 1 S. 536, Planck BGB. Bd. 1 (3) Note 1 zu § 227, Zitelmann Allg.Teil S. 39.

2) Siehe Hälschner Gem. d. StrR. Bd. 1 S. 484/485, Merkel StrR. S. 163, Berner StrR. (18) S. 110/112, Binding Handb. d. StrR. Bd. 1 S. 743 bis 746, Finger Deutsches StrR. Bd. 1 S. 385/389, Olshausen StGB. (7) Note 5 zu § 53, Rüdorff u. Stenglein StGB. (4) Note 2 zu § 53, Frank StGB. (3, 4) Note I zu § 53, Enneccerus Bgl.R. Bd. 1 (3) S. 553, Crome Bgl.R. Bd. 1 S. 536, Planck BGB. Bd. 1 (3) Note 1 zu § 227.

3) Endemann Bgl.R. Bd. 1 (8) S. 431.

4) v. Liszt StrR. (14, 15) S. 146.

Digitized by Google

Grundstücks (§ 433 BGB.) kann sich verbindlich machen, einen darauf befindlichen Park innerhalb einer bestimmten Frist nicht abholzen zu lassen. Der Mieter (§ 535 BGB.) kann die Verpflichtung übernehmen, zu bestimmten Tageszeiten das Teppichklopfen oder das Klavierspiel zu unterlassen. Jeder Schuldner hat solche Handlungen zu unterlassen, durch die er sich die Leistung unmöglich macht, z. B. darf der Verkäufer die verkaufte Sache nicht zerstören oder einem andern übereignen, der Bedienstete sich nicht unfähig zur Leistung der versprochenen Dienste machen (§ 280 BGB.). Sobald man die zahlreichen Ansprüche auf ein reines Unterlassen ins Auge faßt, die in den verschiedensten Forderungsrechten enthalten sind, so ist es klar, daß auch zum Schutz der Forderungsrechte die Notwehr in Frage kommen kann. Wir müssen annehmen, daß sie wirklich auch zum Schutz der Forderungsrechte stattfindet.

Der Grundgedanke der Notwehrbefugnis, daß ich berechtigt sein soll, mich gegen die Gefahr einer rechtswidrigen Änderung des Bestehenden eigenmächtig zu verteidigen, greift nicht nur platz, wenn mein Recht auf Erhaltung des Bestehenden ein Ausschließungsrecht, sondern ganz ebenso auch, wenn es ein Forderungsrecht ist. Weshalb sollte ich zwar zur Notwehr befugt sein, wenn jemand unter Verletzung einer mir zustehenden Grunddienstbarkeit einen Wald zu fällen oder ein Gebäude zu erhöhen oder auf einem Grundstück ein Gewerbe zu betreiben beginnt, nicht aber auch, wenn er unter Verletzung eines mir beim Verkauf eingeräumten Forderungsrechtes zu den gleichen Handlungen schreitet? Warum sollte ich zwar Notwehr üben dürfen, wenn mein Nachbar durch übermäßigen Lärm mein Eigentum, nicht aber auch, wenn mein Mieter durch vertragswidriges Klavierspiel oder Teppichklopfen mein Recht als Vermieter angreift? Es hat keinen Sinn, daß die Zulässigkeit der Notwehr davon abhängen soll, ob das Recht, dessen Verletzung von jemand versucht wird, sich gegen jedermann oder gegen ihn allein richtet, ob es ein Ausschließungs- oder ein Forderungsrecht ist.

Demgemäß läßt denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch, gleich dem Strafgesetzbuch, die Notwehr ohne Unterschied gegenüber jedem „rechtswidrigen Angriff" zu (§ 227 BGB.). Unter einem rechtswidrigen Angriff versteht die Sprache jedes Tun, welches unter Verletzung eines Rechtes das Bestehende zu ändern droht. Niemand wird daran denken, ein und dasselbe Tun, etwa das unbefugte

Digitized by Google

Fällen von Bäumen, zwar als rechtswidrigen Angriff zu bezeichnen, wenn es eine Grunddienstbarkeit, nicht aber auch dann, wenn es Rechte aus einem Miet- oder Kaufvertrag zu verletzen geeignet ist. Wir haben keinen Grund zu der Annahme, daß § 227 BGB. von einem rechtswidrigen Angriff in einem besonderen, engeren Sinne spräche, und müssen deshalb sagen: zum Schutz aller Ansprüche auf ein reines Unterlassen ist die Unterlassungsklage gegeben, mögen sie einem Ausschließungs- oder einem Forderungsrecht angehören.

Auch bezüglich des **Rechts auf eine einstweilige Verfügung** könnte man ein Bedenken haben.

Ist es richtig, daß dieses Recht zum Schutz der **Ansprüche auf ein Tun oder Dulden** stattfindet, der Verwirklichung des Anspruchs, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die **Vereitelung oder wesentliche Erschwerung** durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes droht, dagegen zum Schutz der **Ansprüche auf ein reines Unterlassen**, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die **Verletzung** des Anspruchs zu befürchten ist?

Das Gesetz unterscheidet bei dem Recht auf eine einstweilige Verfügung nicht zwischen Ansprüchen auf ein Tun oder Dulden und solchen auf ein Unterlassen. Es erklärt eine einstweilige Verfügung für zulässig, „wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte" (§ 935 ZPO.). Demgemäß findet sich nirgends eine Spur von der hier gemachten Unterscheidung[1]. Dennoch steht diese im Einklang mit dem Gesetz, sie ist die notwendige Folge seiner Anwendung auf die verschiedenen Arten der Ansprüche.

Bei den Ansprüchen auf ein Tun und auf ein Dulden nämlich kann die Erfüllung der Verpflichtung möglicherweise nachgeholt werden. Hat der Verkäufer dem Käufer die Sache nicht rechtzeitig über-

1) Siehe z. B. **Hellmann** ZivProzR. S. 962, **Kleinfeller** ZivProzR. S. 547, **Fitting** RZivProz. (11) S. 687, **Bunsen** ZivProzR. S. 651, **v. Wilmowski u. Levy** ZPO. (7) Note 1 zu § 814, **Gaupp-Stein** ZPO. (6, 7) Note 2 zu § 935, **Seuffert** ZPO. (9) Note 2 zu § 935, **Petersen** ZPO. (5) Note 2 zu § 935, **Struckmann u. Koch** ZPO. Note 2 zu § 935, **Reincke** ZPO. (5) Note II zu § 935, **Sydow u. Busch** ZPO. (10) Note 1 zu § 935, **Neukamp** ZPO. Note 1 zu § 935.

Digitized by Google

eignet, so kann er es später tun, hat der Vermieter die Wegnahme des vom Mieter gesetzten Ofens jetzt nicht geduldet, so kann er sie sich künftig gefallen lassen. Hier ist also mit der Gefahr einer Verletzung an sich noch nicht die Gefahr gegeben, daß die Verwirklichung des Anspruchs durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Diese Gefahr liegt höchstens infolge besonderer Umstände vor, z. B. weil die verkaufte Sache dem Verderben ausgesetzt ist oder der Verkäufer sie einem Dritten übereignen will. Bei diesen Ansprüchen ist daher das Recht auf eine einstweilige Verfügung nicht nur dadurch bedingt, daß dem Anspruch eine Verletzung droht, sondern ferner dadurch, daß auch seine nachträgliche Befriedigung durch besondere Umstände gefährdet ist.

Anders ist es bei den Ansprüchen auf ein reines Unterlassen. Bei ihnen kann die Erfüllung der Verpflichtung niemals nachgeholt werden: die Nichterfüllung ist eine Veränderung des bestehenden Zustandes, die die Erfüllung ganz oder teilweise unmöglich macht. Hat jemand mich beleidigt oder eine mir gehörige Sache beschädigt oder meinen Namen mißbraucht oder entgegen einem mit mir geschlossenen Vertrage einen Dienst angetreten, so läßt sich dies auf keine Weise mehr ungeschehen machen. Hier enthält die Gefahr der Verletzung immer zugleich die Gefahr, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Anspruchs, zum mindesten teilweise, vereitelt wird. Wenn ein Anspruch auch nur teilweise der Gefahr der Vereitelung ausgesetzt ist, so kann eine einstweilige Verfügung verlangt werden[1], und somit ist hier das Recht auf eine einstweilige Verfügung einfach dadurch bedingt, daß dem Anspruch eine Verletzung droht.

Hiernach folgt unmittelbar aus dem Gesetz, daß zwar bei den Ansprüchen auf ein Tun oder Dulden das Recht auf eine einstweilige Verfügung eine besondere Gefahr für die Verwirklichung des Anspruchs zur Voraussetzung hat, dagegen bei den Ansprüchen auf ein Unterlassen weiter nichts als die Gefahr irgend einer Verletzung des Anspruchs.

Darauf, daß man dies nicht beachtet hat, beruht die unrichtige Fassung von § 3 WettbewGes., wonach ein Gewerbtreibender, der von einem Konkurrenten gewisse unrichtige Angaben über geschäftliche Ver-

1) Ebenso das Urteil des Oberlandesgerichts **Dresden** vom 23. Juni 1898 (Sächs. Arch. Bd. 9 S. 232).

Digitized by Google

hältnisse befürchten muß, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung fordern kann, „auch wenn die in den §§ 814, 819 der Zivilprozeßordnung (jetzt §§ 935, 940) bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen". Wo ein Gewerbtreibender solche unrichtige Angaben zu befürchten hat, da treffen die in § 935 ZPO. bezeichneten Voraussetzungen immer zu, denn jede künftige unrichtige Angabe ist eine Veränderung des bestehenden Zustandes, durch die die Verwirklichung des Anspruchs auf Unterlassung solcher Angaben teilweise vereitelt wird [1].

4.

Nunmehr läßt sich die **Stellung der Unterlassungsklage unter den Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes** bestimmen. Wie verhält sie sich zunächst zu den **Schutzmitteln mit engbegrenztem Anwendungsgebiet**?

Die Antwort ist einfach bei denjenigen unter diesen Schutzmitteln, die lediglich **Ansprüchen auf ein Tun** Sicherheit gewähren.

Hierher gehören das Widerrufsrecht dessen, der ein Darlehen versprochen hat (§ 610 BGB.), das Leistungsverweigerungsrecht des aus einem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung Verpflichteten (§ 321 BGB.), die Klage des Hauptberechtigten beim Nießbrauch darauf, daß wegen unterlassener Sicherheitsleistung die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter übertragen wird (§§ 1052, 1068 BGB.), das Recht des Hypothekengläubigers, sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§§ 1133, 1135 BGB.).

Ferner die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft wegen Gefährdung ihres Unterhaltsanspruchs oder des Unterhaltsanspruchs der gemeinschaftlichen Abkömmlinge (§§ 1418, 1468, 1542, 1549 BGB.), ihre Klage auf

---

1) Das wird stets übersehen. Ganz allgemein lehrt man, daß nach § 3 WettbewGes. eine einstweilige Verfügung erlassen werden könne, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO. vorliegen. So z. B. Kleinfeller ZivProzR. S. 547, Petersen ZPO. (5) Note 2 zu § 935, Reincke ZPO. (5) Note II zu § 935, Finger WettbewGes. Note 2d zu § 3, Müller WettbewGes. (4) Note zu § 3, Lobe WettbewGes. S. 133/134, Birkenbihl Unlaut. Wettbew. Note 1 zu § 3 WettbewGes., Bachem u. Roeren WettbewGes. (3) Note 1 zu § 3, Fuld WettbewGes. S. 94, Pinner WettbewGes. S. 68, Schmid Gesetze z. Schutz d. gewerbl. Eigent. S. 305, Th. Wolff im Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S. 65.

Digitized by Google

Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Errungenschaftsgemeinschaft wegen Gefährdung ihrer Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen (§§ 1418, 1542 BGB.), die Befugnis der in Gütertrennung lebenden Frau, den Beitrag zum ehelichen Aufwand (§ 1428 BGB.), und die der geschiedenen Frau, den Beitrag zu dem Unterhalt des Kindes (§ 1585 BGB.) zur eigenen Verwendung zurückzubehalten.

Sodann das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes, daß das Vormundschaftsgericht wegen Gefährdung seines Anspruchs auf Unterhalt dem Vater oder der Mutter die Vermögensverwaltung oder Nutznießung entzieht (§§ 1666, 1686 BGB.), die Klage des anteilsberechtigten Abkömmlings darauf, daß das Gericht wegen Gefährdung seines Anspruchs auf Unterhalt die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufhebt (§§ 1495, 1557 BGB.), das Recht des Mündels und des Pflegebefohlenen, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Gegenvormund eine ihm obliegende Maßregel gebietet (§§ 1837, 1897, 1915 BGB.) oder den Vormund zur Sicherheitsleistung anhält (§§ 1844, 1897, 1915 BGB.), das Recht gewisser Gläubiger auf Sicherheitsleistung wegen einer Geldforderung (§§ 843/845, 1067, 1068, 1075, 1391, 1439, 1525, 1550, 1580 BGB., § 324 ZPO.).

Weiter das Recht des Hauptgläubigers und des Nießbrauchers einer verzinsbaren Forderung gegeneinander auf Mitwirkung zur Kündigung (§ 1078 BGB.), das des Hauptgläubigers einer Forderung gegen den daran Pfandberechtigten auf Zustimmung zur Kündigung und das des Pfandberechtigten gegen den Hauptgläubiger auf Kündigung (§ 1286 BGB.), das Recht der Gläubiger darauf, daß das Konkursgericht die zur Sicherung der Masse notwendigen Anordnungen trifft (§§ 101, 106 KO.).

Alle diese Schutzmittel haben neben der Unterlassungsklage und diese hat neben ihnen selbständigen Wert. Ihr Gebiet und das der Unterlassungsklage sind völlig verschieden. Während sie Ansprüche auf ein Tun schützen, schützt die Unterlassungsklage Ansprüche auf ein Unterlassen.

Schwieriger zu bestimmen ist das Verhältnis der Unterlassungsklage zu denjenigen Schutzmitteln mit engbegrenztem Anwendungsgebiet, die wie sie selbst Ansprüche auf ein Unterlassen sichern

Digitized by Google

oder zugleich Ansprüche auf ein Tun und solche auf ein Unterlassen.

Schutzmittel dieser Art sind das Kündigungsrecht des Vermieters (§ 553 BGB.), des Verpächters (§ 581 BGB.) und des Verleihers (§ 605 BGB.), die Klage des Hauptberechtigten beim Nießbrauch darauf, daß wegen fortgesetzter erheblicher Verletzung seiner Rechte die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter übertragen wird (§§ 1054, 1068 BGB.), das Recht des Gewerbtreibenden auf eine einstweilige Verfügung, durch die sein Konkurrent verhindert wird, weitere unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse zu machen (§ 3 WettbewGes.).

Sodann die Klage der Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, weil der Mann ein Rechtsgeschäft ohne ihre erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und ihr für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung droht (§§ 1468, 1542, 1549 BGB.), sowie ihre Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Errungenschaftsgemeinschaft, weil sie von dem Manne eine das eingebrachte Gut erheblich gefährdende Verletzung ihrer Rechte befürchten muß (§§ 1418, 1542 BGB.).

Ferner das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes auf gerichtliche Schutzmaßregeln dagegen, daß der Vater oder die Mutter durch eine Rechtsverletzung sein geistiges oder leibliches Wohl oder sein Vermögen gefährdet (§§ 1666, 1667, 1670, 1686 BGB.), die Klage des anteilsberechtigten Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, weil der überlebende Ehegatte ein Rechtsgeschäft ohne seine erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und ihm für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung droht (§§ 1495, 1557 BGB.), das Recht des Mündels darauf, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Gegenvormund (§§ 1837, 1897 BGB.), und das des Pflegebefohlenen, daß es dem Pfleger oder Gegenvormund (§ 1915 BGB.) eine drohende Rechtsverletzung verbietet, und daß es ihn entläßt, wenn von ihm ein pflichtwidriges Verhalten zu befürchten und deshalb seine weitere Tätigkeit dem Interesse des Mündels (§ 1886, 1895, 1897 BGB.) oder des Pflegebefohlenen (§ 1915 BGB.) gefährlich ist.

Endlich das Recht des Vermieters gegen den Mieter (§ 545 BGB.), das des Verpächters gegen den Pächter (§ 581 BGB.) und das des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher (§§ 1042, 1068

Digitized by Google

BGB.) auf Benachrichtigung von der Rechtsanmaßung eines Dritten sowie das Recht des noch ungewissen oder unbekannten Erben darauf, daß das Nachlaßgericht nötigenfalls für die Sicherung des Nachlasses sorgt (§ 1960 BGB.).

Trotz der engen Begrenzung ihres Anwendungsgebietes haben diese Schutzmittel selbständige Bedeutung neben der Unterlassungsklage. Sie schützen allerdings keinen Anspruch auf ein Unterlassen, der nicht bereits durch die Unterlassungsklage geschützt wäre. Aber teils gewähren sie unter Voraussetzungen Schutz, unter denen die Unterlassungsklage nicht stattfindet. Teils gewähren sie, wo die Unterlassungsklage stattfindet, neben dieser einen besonders gearteten und deshalb ebenfalls wertvollen Schutz.

Erstens schützen einige von den Schutzmitteln mit engbegrenztem Anwendungsgebiet Ansprüche auf ein Unterlassen unter Voraussetzungen, unter denen die Unterlassungsklage nicht stattfindet. Die Unterlassungsklage ist dadurch bedingt, daß bereits eine Rechtsverletzung, bei Forderungsrechten außerdem ungeachtet einer Abmahnung eine weitere Rechtsverletzung, stattgefunden hat. Diese Schutzmittel aber stehen auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung zur Verfügung.

Die Frau kann auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Errungenschaftsgemeinschaft klagen, wenn durch das Verhalten des Mannes ihren Rechten eine das eingebrachte Gut erheblich gefährdende Verletzung droht (§§ 1418, 1542 BGB.), vorzuliegen braucht eine solche Rechtsverletzung noch nicht. Der Mündel hat ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Gegenvormund (§§ 1837, 1897 BGB.), der Pflegebefohlene, daß es dem Pfleger oder Gegenvormund (§ 1915 BGB.) eine zu befürchtende Rechtsverletzung verbietet, auch hier braucht bisher keine Rechtsverletzung stattgefunden zu haben. Der Vermieter hat gegen den Mieter (§ 545 BGB.), der Verpächter gegen den Pächter (§ 581 BGB.), der Hauptberechtigte gegen den Nießbraucher (§§ 1042, 1068 BGB.) ein Recht auf Benachrichtigung von der Rechtsanmaßung eines Dritten, auch wenn die Rechtsanmaßung noch zu keiner Rechtsverletzung geführt hat. Der noch ungewisse oder unbekannte Erbe hat ein Recht darauf, daß das Nachlaßgericht nötigenfalls für die Sicherung des Nachlasses sorgt (§ 1960 BGB.),

Digitized by Google

auch wenn bisher noch kein zu dem Nachlaß gehöriges Recht verletzt worden ist. Der Gewerbtreibende hat ein Recht darauf, daß zu seinem Schutz gegen unrichtige Angaben eines Konkurrenten über geschäftliche Verhältnisse eine einstweilige Verfügung ergeht, auch wenn es nicht gewiß, sondern nur glaubhaft ist, daß bereits eine solche Rechtsverletzung erfolgt ist (§ 3 WettbewGes.).

Zweitens gewähren die meisten Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet, wo die Unterlassungsklage begründet ist, neben dieser einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte. Die Unterlassungsklage geht immer nur darauf, daß jemandem ein Tun unter Androhung einer Strafe verboten wird. Diese Schutzmittel aber helfen zum Teil in ganz anderer Weise.

Das Kündigungsrecht des Vermieters (§ 553 BGB.), Verpächters (§ 581 BGB.) und Verleihers (§ 605 BGB.), die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft (§§ 1418, 1468, 1542, 1549 BGB.) und die des Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1495, 1557 BGB.), das Recht des Mündels, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund oder Gegenvormund (§§ 1886, 1895, 1897 BGB.), und das des Pflegebefohlenen, daß es den Pfleger oder Gegenvormund (§ 1915 BGB.) nötigenfalls entläßt, bewirken nicht, daß die drohende Verletzung nur verboten wird, sondern daß das sie ermöglichende Rechtsverhältnis endigt und sie dadurch unmöglich wird. Die Klage des Hauptberechtigten darauf, daß das Gericht die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter überträgt, (§§ 1054, 1068 BGB.) und das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes, daß das Vormundschaftsgericht die zu seinem Schutze erforderlichen Maßregeln trifft, z. B. seine Unterbringung in einer Erziehungsanstalt anordnet, (§§ 1666, 1667, 1686 BGB.) sorgen dafür, daß das die Verletzung ermöglichende Rechtsverhältnis eine Umgestaltung erfährt, die die künftige Verletzung besser hindert als ein bloßes Verbot. Das Recht des Gewerbtreibenden auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutz gegen unrichtige Angaben eines Konkurrenten (§ 3 WettbewGes.) und das des Erben darauf, daß das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses sorgt, (§ 1960 BGB.) vermögen nicht nur ein Verbot der Verletzung, sondern auch andere sie verhindernde oder erschwerende Maßregeln herbeizuführen. Das Recht des Vermieters (§ 545 BGB.), des Verpächters (§ 581 BGB.)

Digitized by Google

und des Hauptberechtigten beim Nießbrauch (§§ 1042, 1068 BGB.) auf Benachrichtigung von der Rechtsanmaßung eines Dritten bewirken überhaupt nicht, daß die drohende Verletzung verhindert oder erschwert wird, sondern daß der Berechtigte zunächst einmal von ihrem Drohen erfährt.

Andererseits hat neben diesen Schutzmitteln auch die Unterlassungsklage selbständige Bedeutung. Sie schützt diejenigen Ansprüche auf ein Unterlassen, die durch Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet überhaupt nicht oder nur gegen besondere Gefahren geschützt sind, gegen die mannigfachsten Verletzungen. Sie schützt jene Ansprüche, die durch ein solches Schutzmittel gegen die mannigfachsten Verletzungen geschützt sind, da wo dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Sie gewährt endlich dort, wo ein solches Schutzmittel zur Verfügung steht, neben ihm einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

Die Unterlassungsklage gewährt erstens denjenigen Ansprüchen auf ein Unterlassen, die durch Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet überhaupt nicht oder nur gegen besondere Gefahren geschützt sind, Schutz gegen die mannigfachsten Verletzungen.

Die Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet schützen in ausgedehnterem Maße nur ganz wenige Ansprüche auf ein Unterlassen, nämlich diejenigen, die dem Recht des Gewerbtreibenden an seinen Absatzbeziehungen, dem Recht des Vermieters, des Verpächters sowie des Hauptberechtigten beim Nießbrauch, dem Recht der Frau beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung sowie bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft, dem Recht des Kindes bei der elterlichen Gewalt, des anteilsberechtigten Abkömmlings bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, des Mündels bei der Vormundschaft und des Pflegebefohlenen bei der Pflegschaft angehören. Allen übrigen Ansprüchen auf ein Unterlassen gewähren diese Schutzmittel entweder überhaupt keinen Schutz oder sie gewähren ihnen solchen doch nur gegen zwei besondere Gefahren, erstens gegen die Gefahr, die sich daraus ergibt, daß der Gegenstand eines Rechts einem Mietrecht, Pachtrecht oder Nießbrauch unterliegt, (§§ 545, 581, 1042, 1068 BGB.) und zweitens gegen die andere, die darauf beruht, daß ein Recht auf einen noch ungewissen oder unbekannten Erben übergegangen ist, (§ 1960 BGB.).

Digitized by Google

Allen den Ansprüchen auf ein Unterlassen nun, die durch die Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet überhaupt nicht oder nur gegen jene besonderen Gefahren geschützt sind, läßt die Unterlassungsklage gegenüber Gefahren verschiedenster Art ihren Schutz angedeihen. Sie schützt die ganze Fülle der Ansprüche auf ein Unterlassen, die dem Persönlichkeitsrecht, dem Eigentum, dem Pfandrecht, dem Namenrecht, dem Patentrecht, dem Recht des Käufers, des Dienstherrn, des Gesellschafters oder irgend einem andern Rechte angehören, und sie schützt sie in vollem Umfange.

Zweitens schützt die Unterlassungsklage die Ansprüche auf ein Unterlassen, denen ein Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet gegenüber den mannigfachsten Verletzungen zur Seite steht, dort wo dessen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Die Klage des Hauptberechtigten beim Nießbrauch darauf, daß die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter übertragen wird, setzt voraus, daß die von dem Nießbraucher drohende Rechtsverletzung eine erhebliche ist (§ 1054 BGB.). Das Kündigungsrecht des Verleihers ist dadurch bedingt, daß die von dem Entleiher drohende nachlässige Behandlung der Sache diese erheblich gefährden würde (§ 605 BGB.). Die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung setzt voraus, daß die von dem Manne drohende Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut erheblich gefährden würde (§§ 1418, 1542 BGB.), ihre Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, daß die drohende eigenmächtige Vornahme von Rechtsgeschäften ihr Vermögen oder daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft die drohende sonstige Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut erheblich gefährden würde (§§ 1468, 1542, 1549 BGB.). Das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes auf gerichtliche Schutzmaßregeln ist dadurch bedingt, daß die von dem Vater oder der Mutter drohende Verletzung seiner Rechte sein geistiges oder leibliches Wohl oder sein Vermögen gefährden würde (§§ 1666, 1667, 1686 BGB.). Die Klage des anteilsberechtigten Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft setzt voraus, daß die drohende eigenmächtige Vornahme von Rechtsgeschäften durch den überlebenden Ehegatten ihn erheblich gefährden würde (§§ 1495, 1557 BGB). Das Recht des Mündels auf Entlassung des Vormundes oder Gegenvormundes und das des Pflegebefohlenen auf Entlassung des Pflegers oder Gegenvormundes setzen voraus, daß wegen des

Digitized by Google

von dem Fürsorger drohenden rechtswidrigen Verhaltens seine weitere Tätigkeit das Interesse des Mündels oder des Pflegebefohlenen gefährden würde (§§ 1886, 1895, 1897, 1915 BGB.).

Dagegen kann der Hauptberechtigte beim Nießbrauch auf Unterlassung auch dann klagen, wenn ihm von dem Nießbraucher nur eine unerhebliche Rechtsverletzung droht. Der Verleiher kann es, auch wenn die zu befürchtende nachlässige Behandlung der Sache durch den Entleiher diese nicht erheblich gefährden würde oder wenn das zu befürchtende rechtswidrige Tun des Entleihers überhaupt nicht in einer nachlässigen Behandlung der Sache besteht. Die Frau kann beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung auf Unterlassung klagen, auch wenn die von dem Manne drohende Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut nicht erheblich gefährden würde, und bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft, auch wenn die drohende Rechtsverletzung weder in der eigenmächtigen Vornahme von Rechtsgeschäften besteht noch sie überhaupt erheblich gefährden würde. Das unter elterlicher Gewalt stehende Kind hat gegenüber Verletzungen seiner Rechte durch den Vater oder die Mutter die Unterlassungsklage, auch wenn durch die Verletzungen weder seinem geistigen oder leiblichen Wohl noch seinem Vermögen Gefahr droht. Der in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Abkömmling hat sie gegenüber Rechtsverletzungen des überlebenden Ehegatten auch dann, wenn die zu befürchtende Vornahme weiterer Rechtsgeschäfte ohne seine Zustimmung ihn nicht erheblich gefährden würde oder wenn das drohende rechtswidrige Tun gar nicht in der eigenmächtigen Vornahme von Rechtsgeschäften besteht. Der Mündel hat gegenüber Verletzungen des Vormundes oder Gegenvormundes und der Pflegebefohlene gegenüber solchen des Pflegers oder Gegenvormundes auch dann die Unterlassungsklage, wenn das zu befürchtende rechtswidrige Tun nicht derart ist, daß deshalb die weitere Tätigkeit des Fürsorgers sein Interesse gefährden würde.

Drittens gewährt die Unterlassungsklage den Ansprüchen auf ein Unterlassen dort, wo ein Schutzmittel mit engbegrenztem Anwendungsgebiet zur Verfügung steht, neben diesem einen besonders gearteten und deshalb ebenfalls wertvollen Schutz.

Das Recht des Vermieters, des Verpächters sowie des Hauptberechtigten beim Nießbrauch auf unverzügliche Benachrichtigung von einer Rechtsanmaßung (§§ 545, 581, 1042, 1068 BGB.) bewirkt, daß

Digitized by Google

der Berechtigte von der Gefahr einer Rechtsverletzung erfährt. Das Recht des Mündels, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Gegenvormund (§§ 1837, 1897 BGB.), und das des Pflegebefohlenen, daß es dem Pfleger oder Gegenvormund (§ 1915 BGB.) eine zu befürchtende Rechtsverletzung verbietet, führen nur ein aufhebbares (§ 18 freiw. GerichtsbarkGes.) Verbot der drohenden Rechtsverletzung herbei, das Recht des Erben auf Maßregeln zur Sicherung des Nachlasses (§ 1960 BGB.) und das des Gewerbtreibenden auf eine einstweilige Verfügung zum Schutz gegen unrichtige Angaben eines Konkurrenten (§ 3 WettbewGes.) können nur aufhebbare (§ 18 freiw. GerichtsbarkGes., §§ 926, 927, 396 ZPO.) Anordnungen von verschiedenem Inhalt herbeizuführen. Das Kündigungsrecht des Vermieters, Verpächters und Verleihers (§§ 553, 581, 605 BGB.), die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft (§§ 1418, 1468, 1542, 1549 BGB.) und die des anteilsberechtigten Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1495, 1557 BGB.), das Recht des Mündels auf Entlassung des Vormundes oder Gegenvormundes und das des Pflegebefohlenen auf Entlassung des Pflegers oder Gegenvormundes (§§ 1886, 1895, 1897, 1915 BGB) sorgen für die Beendigung des Rechtsverhältnisses, das die Gefahr der Verletzung mit sich führt. Die Klage des Hauptberechtigten beim Nießbrauch auf Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs an einen Verwalter (§§ 1054, 1068 BGB.) und das Recht des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes auf Anordnung von Beschränkungen der elterlichen Gewalt (§§ 1666, 1667, 1686 BGB.) sorgen dafür, daß dies Rechtsverhältnis in geeigneter Weise umgestaltet wird.

Dagegen verschafft die Unterlassungsklage dem Vermieter, dem Verpächter und dem Hauptberechtigten beim Nießbrauch über die bloße Kenntnis der Verletzungsgefahr hinaus ein Verbot der drohenden Verletzung. Sie führt zugunsten des Mündels, des Pflegebefohlenen, des Erben und des Gewerbtreibenden nicht nur aufhebbare Maßregeln, sondern ein endgiltiges Verbot herbei. Sie bewirkt, daß der Vermieter, Verpächter und Verleiher, die Frau beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung sowie bei der Gütergemeinschaft, der anteilsberechtigte Abkömmling bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, der Mündel und der Pflegebefohlene, der Hauptberechtigte beim Nießbrauch und das unter elterlicher Gewalt stehende Kind, wenn

Digitized by Google

sie im eigenen Interesse oder aus Abneigung gegen harte Maßregeln die Beendigung oder Umgestaltung des Rechtsverhältnisses nicht herbeiführen möchten, dennoch gesichert sind.

5.

Um die Stellung der Unterlassungsklage unter den Mitteln des vorbeugenden Rechtschutzes zu bestimmen, müssen wir zweitens die Frage beantworten: Wie verhält sie sich zu den allgemeineren Schutzmitteln?

Die Antwort ist leicht bei dem einzigen unter diesen Schutzmitteln, das nur Ansprüchen auf ein Tun Sicherheit gewährt. Dies ist das Recht auf einen Arrestbefehl (§§ 916/918 ZPO.), es schützt lediglich Ansprüche auf Zahlung einer Geldsumme.

Das Recht auf einen Arrestbefehl und die Unterlassungsklage haben nebeneinander selbständigen Wert. Ihre Gebiete sind gänzlich verschieden. Während das Recht auf einen Arrestbefehl Ansprüche auf ein Tun schützt, schützt die Unterlassungsklage Ansprüche auf ein Unterlassen.

Nicht so einfach ist es, das Verhältnis der Unterlassungsklage zu denjenigen allgemeineren Mitteln des vorbeugenden Rechtsschutzes zu bestimmen, die gleich ihr Ansprüche auf ein Unterlassen sichern oder zugleich Ansprüche auf ein Tun und solche auf ein Unterlassen. Dies sind die Befugnis zur Notwehr (§ 227 BGB.), die Befugnis zur Selbsthilfe (§§ 229, 230 BGB.) und das Recht auf eine einstweilige Verfügung (§§ 935, 936 ZPO.).

In welchem Verhältnis steht die Unterlassungsklage zu Notwehr- und Selbsthilfebefugnis?

Notwehr- und Selbsthilfebefugnis zusammen schützen wie die Unterlassungsklage alle Ansprüche auf ein Unterlassen. Die Befugnis zur Notwehr schützt sämtliche Ansprüche auf ein reines Unterlassen: unter der Voraussetzung, daß jemand mit einem Tun begonnen hat, dessen Vollendung eine rechtswidrige Veränderung des Bestehenden darstellen würde, darf der Berechtigte sowie ein anderer für ihn jede Handlung vornehmen, die zur Abwehr der Verletzung erforderlich ist

Digitized by Google

(§ 227 BGB.). Die Befugnis zur Selbsthilfe schützt, neben den Ansprüchen auf ein Tun, sämtliche Ansprüche auf ein Dulden: unter der Voraussetzung, daß die Verwirklichung des Anspruchs ohne sofortiges Eingreifen der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung ausgesetzt und obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, darf der Berechtigte nötigenfalls den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung beseitigen, den fluchtverdächtigen Verpflichteten festnehmen und Sachen, an denen der Verpflichtete ein Recht hat, wegnehmen, zerstören oder beschädigen (§§ 229, 230 BGB.).

Notwehr- und Selbsthilfebefugnis haben selbständige Bedeutung neben der Unterlassungsklage. Sie schützen unter Voraussetzungen, unter denen die Unterlassungsklage nicht stattfindet, und sie gewähren, wo die Unterlassungsklage stattfindet, neben dieser einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

Erstens schützen Notwehr- und Selbsthilfebefugnis die Ansprüche auf ein Unterlassen unter Voraussetzungen, unter denen die Unterlassungsklage nicht begründet ist.

Die Unterlassungsklage ist dadurch bedingt, daß bereits eine Rechtsverletzung, bei Forderungsrechten außerdem ungeachtet einer Abmahnung eine weitere Rechtsverletzung, erfolgt ist. Notwehr- und Selbsthilfebefugnis sind dagegen auch dort gegeben, wo noch keine Rechtsverletzung stattgefunden hat. Die Unterlassungsklage läßt uns schutzlos, wenn die Verletzung eines Rechts nur durch ein kurzes einmaliges Tun erfolgen kann oder wenn sie zwar mehrfach möglich, aber bisher noch nicht oder bei einem Forderungsrecht erst einmal erfolgt ist, z. B. wenn der Verkäufer die verkaufte Sache einem andern als dem Käufer übereignen will, wenn jemand damit beginnen will, das Grundstück eines Nachbarn unbefugt zu beweiden oder ihn an der Ausübung einer ihm zustehenden Weidegerechtigkeit zu hindern, wenn ein Mieter sich zum ersten oder auch zum zweiten Mal anschickt, entgegen dem Mietvertrage zur Nachtzeit Klavier zu spielen. Dagegen kann in einem Teil dieser Fälle die Befugnis zur Notwehr, in einem andern die Befugnis zur Selbsthilfe unter Umständen Schutz gewähren.

Die Unterlassungsklage ist überdies in einigen Fällen ausnahmsweise nicht begründet, sie steht z. B. dem Besitzer nicht zu, wenn sein Besitz zur Zeit der Verletzung noch kein Jahr alt und dem Verletzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war (§§ 862, 1029, 1090 BGB.). Notwehr- und Selbsthilfebefugnis sind dagegen auch

hier gegeben. Hat also jemand eigenmächtig ein Grundstück in Besitz genommen und gleichfalls eigenmächtig angefangen, eine für dessen Eigentümer im Grundbuch eingetragene Holzungsgerechtigkeit auszuüben, und hat vor Ablauf eines Jahres der frühere Besitzer des herrschenden Grundstücks dieses beschädigt oder der des dienenden Grundstücks eine Ausübung der Holzungsgerechtigkeit verhindert, so findet gegenüber der drohenden Wiederholung doch nicht die Unterlassungsklage statt. Wohl aber ist unter Umständen in dem ersten Fall die Notwehr, in dem zweiten die Selbsthilfe gestattet.

Zweitens gewähren Notwehr- und Selbsthilfebefugnis den Ansprüchen auf ein Unterlassen, wo die Unterlassungsklage stattfindet, neben dieser einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

Die Unterlassungsklage ist ein Mittel des Staatsschutzes: zur Erlangung des Schutzes muß man den Richter anrufen, sein Recht, dessen Verletzung und die Gefahr der weiteren Verletzung beweisen und warten, bis man ein vollstreckbares Urteil erlangt. Notwehr- und Selbsthilfebefugnis dagegen sind Mittel des Selbstschutzes: hier braucht man sich an niemanden zu wenden und auf nichts zu warten. Hieraus folgt: wo keine Zeit mehr zur Anstellung der Unterlassungsklage ist, da kann die Befugnis zur Notwehr oder zur Selbsthilfe vielleicht noch die Verletzung verhüten. Wenn jemand in der offenbaren Absicht, mich zu mißhandeln, auf mich losgeht, oder wenn mich jemand hindern will, bei der Verfolgung meiner Bienen sein Grundstück zu betreten, so kann mir die Unterlassungsklage nicht helfen, mag sie auch immer begründet sein. Dagegen kann mir in dem ersten Falle die Befugnis zur Notwehr, in dem zweiten die Befugnis zur Selbsthilfe noch rechtzeitig Schutz bringen.

Daraus, daß die Unterlassungsklage ein Mittel des Staatsschutzes ist, Notwehr- und Selbsthilfebefugnis dagegen Mittel des Selbstschutzes sind, folgt aber noch etwas anderes: wo man der Umständlichkeit eines gerichtlichen Verfahrens abgeneigt ist oder der Richtigkeit seines Ergebnisses mißtraut, da hat man in der Befugnis zu Notwehr und Selbsthilfe Mittel, um sich selbst der drohenden Rechtsverletzung zu erwehren. Ist jemand von einem andern mißhandelt worden und hat er weitere Mißhandlungen zu befürchten, so kann er darauf verzichten, auf Unterlassung zu klagen, und ruhig abwarten, bis der andere ihn von neuem zu mißhandeln sucht, um dann den Angriff im Wege der Notwehr abzuwenden. Und ebenso kann

Digitized by Google

der Grundeigentümer, der von seinem Nachbarn verhindert worden ist, einen Notweg zu befahren, und auch für die Zukunft die Verhinderung zu befürchten hat, von der Anstellung einer Unterlassungsklage absehen und abwarten, bis er wieder einmal den Notweg befahren muß, um alsdann nötigenfalls Selbsthilfe zu üben.

Neben Notwehr- und Selbsthilfebefugnis hat indessen auch die Unterlassungsklage selbständige Bedeutung. Sie schützt unter Voraussetzungen, unter denen jene nicht erlaubt sind, und sie gewährt, auch wo sie erlaubt sind, neben ihnen einen besonders gearteten und deshalb ebenfalls wertvollen Schutz.

Erstens gewährt die Unterlassungsklage den Ansprüchen auf ein Unterlassen unter Voraussetzungen Schutz, unter denen Notwehr und Selbsthilfe nicht stattfinden.

Wenn bei einem Anspruch auf ein reines Unterlassen der Berechtigte erst für eine spätere Zukunft eine Rechtsverletzung zu befürchten hat, oder wenn ihm zwar eine alsbaldige Rechtsverletzung droht, aber noch kein auf sie gerichtetes Tun vorliegt, so ist er nicht zur Notwehr befugt. Wohl aber hat er unter Umständen die Unterlassungsklage. Der Eigentümer, dessen Sache ein anderer unbefugt in Gebrauch genommen, der Patentberechtigte, dessen Verfahren ein anderer ohne Erlaubnis angewandt hat, dürfen, wenn künftige Verletzungen zwar zu befürchten, aber noch nicht begonnen sind, keine Notwehr üben. Die Unterlassungsklage aber steht ihnen zur Verfügung.

Wenn ferner bei einem Anspruch auf ein Dulden der Berechtigte zwar eine Verletzung zu befürchten hat, aber durch diese Verletzung die Verwirklichung seines Anspruchs nicht gerade vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, so ist ihm die Selbsthilfe nicht gestattet. Die Unterlassungsklage hat er möglicherweise. Hat etwa jemand kraft einer Grunddienstbarkeit das Recht, von einem Grundstück jährlich eine bestimmte Menge Ziegelerde zu entnehmen, ist er durch den Eigentümer bereits einmal an dem Entnehmen gehindert worden und muß er weiteren Widerstand von ihm befürchten, so darf er nicht Selbsthilfe üben, denn die Verwirklichung seines Anspruchs ist nicht in Gefahr, die Erde läßt sich auch nachträglich entnehmen. Wohl aber hat er die Unterlassungsklage.

Digitized by Google

Zweitens gewährt die Unterlassungsklage den Ansprüchen auf ein Unterlassen, wo die Befugnis zur Notwehr oder zur Selbsthilfe besteht, neben dieser einen eigenartigen und deshalb gleichfalls wertvollen Schutz.

Notwehr- und Selbsthilfebefugnis als Mittel des Selbstschutzes können nur dort schützen, wo der Berechtigte, oder bei der Notwehr statt seiner ein anderer, bei der Verletzung zugegen und zu ihrer Abwehr imstande ist: gegenüber heimlichen und übermächtigen Verletzungen lassen sie schutzlos. Die Unterlassungsklage dagegen als Mittel des Staatsschutzes kann auch gegen solche Verletzungen Schutz gewähren. Wenn jemand fürchten muß, daß ein anderer ihn hinter seinem Rücken verleumdet, oder zu erwarten hat, daß der Besitzer eines Grundstücks sich der Ausübung einer Wegegerechtigkeit mit überlegener Gewalt widersetzt, so kann ihm nicht die Befugnis zur Notwehr oder zur Selbsthilfe Schutz gewähren, sondern nur die Unterlassungsklage.

Notwehr- und Selbsthilfebefugnis als Mittel des Selbstschutzes führen außerdem zwei Gefahren mit sich: daß es zu Gewalttätigkeiten kommt, und daß man sich durch fahrlässige Vornahme unbefugter Notwehrhandlungen (§ 823 BGB.) oder durch Vornahme unbefugter Selbsthilfehandlungen (§ 231 BGB.) verantwortlich macht. Dagegen gewährt das staatliche Schutzmittel der Unterlassungsklage einen Schutz, der weder Gewalttätigkeiten befürchten läßt noch eine Verantwortung auferlegt. Wer in seinem Eigentum, in einer ihm zustehenden Grunddienstbarkeit oder in einem anderen Recht verletzt worden ist und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten hat, der wird daher vielfach lieber rechtzeitig auf Unterlassung klagen als es auf die Notwehr oder Selbsthilfe ankommen lassen.

Das Verhältnis der Unterlassungsklage zu Notwehr- und Selbsthilfebefugnis läßt sich kurz so zusammenfassen: Notwehr- und Selbsthilfebefugnis schützen ebenso wie die Unterlassungsklage sämtliche Ansprüche auf ein Unterlassen gegen drohende Verletzung, aber die Art des Schutzes ist verschieden. Notwehr- und Selbsthilfebefugnis setzen nicht voraus, daß bereits eine Verletzung erfolgt ist. Dafür muß man aber mit der Notwehr warten, bis ein Angriff vorliegt, mit der Selbsthilfe, bis die Verwirklichung des Anspruchs der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung ausgesetzt ist. Dagegen setzt die Unterlassungsklage eine erfolgte Verletzung, bei

Digitized by Google

Forderungsrechten sogar eine hartnäckig fortgesetzte oder wiederholte Verletzung, voraus. Sie ist nunmehr aber auch gegenüber solchen Verletzungen möglich, die erst in fernerer Zukunft drohen und nicht geeignet sind, die Verwirklichung des Anspruchs zu gefährden. Notwehr- und Selbsthilfebefugnis sind Mittel des Selbstschutzes, sie sind daher namentlich dort am Platze, wo es entweder zur Klage zu spät ist oder man aus anderen Gründen nicht klagen will. Die Unterlassungsklage ist ein Mittel des Staatsschutzes, sie ist daher dort geboten, wo noch Zeit zur Erhebung der Klage ist und man auch den Schutz des Staates der eigenen Kraftentfaltung vorzieht.

In welchem Verhältnis steht endlich die Unterlassungsklage zu dem Recht auf eine einstweilige Verfügung?

Das Recht auf eine einstweilige Verfügung schützt gleich der Unterlassungsklage alle Ansprüche auf ein Unterlassen: ist bei einem Anspruch auf ein reines Unterlassen die Gefahr, daß er verletzt wird, bei einem Anspruch auf ein Dulden die Gefahr, daß seine Verwirklichung durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert wird, einigermaßen wahrscheinlich, so kann der Berechtigte verlangen, daß das Gericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen vorläufigen Anordnungen trifft (§§ 935, 936, 938 ZPO.).

Das Recht auf eine einstweilige Verfügung hat selbständige Bedeutung neben der Unterlassungsklage. Es schützt unter Voraussetzungen, unter denen die Unterlassungsklage nicht begründet ist, und gewährt, wo die Unterlassungsklage begründet ist, neben ihr einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

Das Recht auf eine einstweilige Verfügung gewährt erstens den Ansprüchen auf ein Unterlassen unter Voraussetzungen Schutz, unter denen die Unterlassungsklage nicht stattfindet.

Die Unterlassungsklage ist nur begründet, wenn eine Rechtsverletzung, bei Forderungsrechten außerdem ungeachtet einer Abmahnung eine weitere Rechtsverletzung, erfolgt ist, dagegen kann man eine einstweilige Verfügung verlangen, auch ohne daß bereits eine Rechtsverletzung vorliegt. Wenn der Käufer einer Sache befürchten muß, daß der Verkäufer sie einem andern übereignet, wenn der Inhaber eines Urheberrechts von jemandem zum ersten Mal einen Nachdruck zu befürchten hat, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter befürchten

Digitized by Google

muß, daß sein Mitgesellschafter zum ersten oder auch zum zweiten Male gegen seinen Widerspruch ein Geschäft vornimmt, und so überhaupt, wenn die Verletzung eines Rechts nur durch ein kurzes einmaliges Tun erfolgen kann oder zwar mehrfach möglich, aber bis jetzt noch nicht oder bei einem Forderungsrecht erst einmal erfolgt ist, so kann nicht die Unterlassungsklage, wohl aber das Recht auf eine einstweilige Verfügung helfen.

Die Unterlassungsklage ist ferner nur dann gegeben, wenn man ihre Grundlagen beweisen kann, das Recht auf eine einstweilige Verfügung dagegen auch dann, wenn man seine Grundlagen nur glaubhaft zu machen vermag, ja selbst ohne dies, wenn man dem Gegner wegen der ihm drohenden Nachteile Sicherheit leistet (§§ 920, 921, 936 ZPO.). Muß der Inhaber einer Firma fürchten, daß ein anderer mit einem unbefugten Gebrauch der Firma fortfährt, oder ein Bienenhalter, daß der Besitzer eines Grundstücks sich wiederum dem Betreten des Grundstücks bei Verfolgung von Bienen widersetzt, und vermag er im Augenblick zwar Sicherheit zu leisten, allenfalls auch sein Recht und die ihm drohende Gefahr glaubhaft zu machen, nicht aber sein Recht, die erfolgte Verletzung und die Gefahr der weiteren Verletzung zu beweisen, so steht ihm nicht die Unterlassungsklage, wohl aber das Recht auf eine einstweilige Verfügung zu Gebote.

Zweitens schützt das Recht auf eine einstweilige Verfügung die Ansprüche auf ein Unterlassen, wo die Unterlassungsklage begründet ist, neben dieser in einer besonderen und deshalb gleichfalls wertvollen Art.

Die Unterlassungsklage kann nur bewirken, daß das Gericht die drohende Rechtsverletzung bei Strafe verbietet, das Recht auf eine einstweilige Verfügung dagegen kann jede geeignete Schutzmaßregel herbeiführen (§ 938 ZPO.). In der Regel wird ja freilich auch die einstweilige Verfügung zum Schutz eines Anspruchs auf ein Unterlassen in einem Verbot bestehen, aber es sind doch auch andere Maßregeln möglich, und das Gericht hat die geeignetste zu wählen. Wirkt z. B. der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks auf dieses fortgesetzt derart ein, daß eine Gefährdung der Sicherheit der Hypothek durch Verschlechterung des Grundstücks zu befürchten ist, so kann der Gläubiger mit der Erhebung der Unterlassungsklage nur erlangen, daß dem Eigentümer weitere gefährliche

Digitized by Google

Einwirkungen bei Strafe verboten werden, mit dem Antrag auf eine einstweilige Verfügung kann er unter Umständen die wirksamere Maßregel erreichen, daß die Übergabe des Grundstücks an einen gerichtlich bestellten Verwalter angeordnet wird.

Neben dem Recht auf eine einstweilige Verfügung hat aber auch die Unterlassungsklage selbständige Bedeutung. Sie gewährt unter Voraussetzungen Schutz, unter denen eine einstweilige Verfügung nicht verlangt werden kann, und sie gewährt, wo eine solche verlangt werden kann, neben ihr einen besonders gearteten und deshalb ebenfalls wertvollen Schutz.

Die Unterlassungsklage schützt erstens Ansprüche auf ein Unterlassen unter Voraussetzungen, unter denen ein Recht auf eine einstweilige Verfügung nicht gegeben ist.

Zum Schutz der Ansprüche auf ein Dulden kann eine einstweilige Verfügung nur verlangt werden, wenn zu befürchten ist, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Die Unterlassungsklage dagegen kann erhoben werden, wenn nur überhaupt eine Verletzung des Anspruchs droht. Hat z. B. jemand kraft einer Grunddienstbarkeit das Recht, von einem fremden Grundstück jährlich ein bestimmtes Raummaß Holz zu entnehmen, ist er durch den Eigentümer schon einmal an der Entnahme gehindert worden und muß er weiteren Widerstand von ihm befürchten, so kann er keine einstweilige Verfügung verlangen, denn die Verwirklichung seines Anspruchs ist nicht gefährdet, das Holz läßt sich auch nachträglich entnehmen. Wohl aber kann er auf Unterlassung klagen.

Zweitens gewährt die Unterlassungsklage den Ansprüchen auf ein Unterlassen auch dort, wo eine einstweilige Verfügung verlangt werden kann, neben dieser einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

Das Recht auf eine einstweilige Verfügung schützt nur vorläufig: der Betroffene kann die Aufhebung der Verfügung verlangen, wenn die Hauptsache nicht binnen einer bestimmten Frist anhängig gemacht worden ist oder wenn die Umstände die Verfügung nicht mehr rechtfertigen (§§ 926, 927, 936 ZPO.). Die Unterlassungsklage gewährt endgültigen Schutz: das Urteil, das jemanden zu einer Unterlassung verurteilt, kann nach Erlangung der Rechtskraft nur im Wege der

Digitized by Google

Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden. Wer also etwa die Beschädigung einer ihm gehörigen Sache oder die unbefugte Anwendung eines ihm patentierten Verfahrens zu befürchten hat, kann mit dem Antrag auf eine einstweilige Verfügung nur vorläufigen Schutz erlangen. Um endgültig geschützt zu sein, muß er auf Unterlassung klagen.

Will man das Verhältnis der Unterlassungsklage zu dem Recht auf eine einstweilige Verfügung kurz zusammenfassen, so kann man sagen: das Recht auf eine einstweilige Verfügung und die Unterlassungsklage sind in gleicher Weise Mittel des Staatsschutzes, die sämtlichen Ansprüchen auf ein Unterlassen gegen drohende Verletzung Schutz gewähren, aber ihr Schutz ist von verschiedener Art. Das Recht auf eine einstweilige Verfügung setzt nicht voraus, daß schon eine Rechtsverletzung erfolgt ist, und fordert nicht einmal den Beweis des Rechts und der ihm drohenden Gefahr. Dafür aber schützt es die Ansprüche auf ein Dulden nur gegenüber solchen Verletzungen, die die Verwirklichung des Anspruchs der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung aussetzen, und gewährt überhaupt nur einen vorläufigen Schutz. Die Unterlassungsklage dagegen setzt eine Rechtsverletzung, bei Forderungsrechten sogar eine hartnäckig fortgesetzte oder wiederholte Rechtsverletzung, voraus und verlangt den Beweis des Rechts, seiner Verletzung und der Gefahr seiner weiteren Verletzung. Dafür schützt sie aber die Ansprüche auf ein Dulden auch gegenüber solchen Verletzungen, die nicht geeignet sind, die Verwirklichung des Anspruchs zu gefährden, und ihr Schutz ist stets ein endgültiger. Das Recht auf eine einstweilige Verfügung gewährt unter leichteren Bedingungen einen schnellen, aber nur vorläufigen Schutz gegen Rechtsverletzungen von nicht mehr rückgängig zu machender Wirkung. Die Unterlassungsklage gewährt unter schwereren Bedingungen einen langsamen, aber endgültigen Schutz gegen Rechtsverletzungen jeder Art.

Digitized by Google

Unterlassungsklage und vorbeugende Klage.

Die Unterlassungsklage, die wir nunmehr nach allen Seiten hin kennen gelernt haben, gewährt in zahlreichen Fällen einen Schutz gegen drohendes Unrecht. Aber sie gewährt ihn nicht in allen Fällen. Sie schützt nur die Ansprüche auf ein Unterlassen. Duldet jemand es fortwährend, daß seine Kinder die Obstbäume eines andern plündern (§ 832 BGB.) oder daß sein Hund dessen Garten aufwühlt (§ 833 BGB.) oder daß seine Knechte über dessen Acker fahren (§ 831 BGB.), oder unterläßt es der Mieter eines Hauses trotz aller Mahnungen immer wieder, die Miete pünktlich zu zahlen (§ 551 BGB.) oder den Vermieter von Dachschäden zu benachrichtigen (§ 545 BGB.) oder gemäß dem Mietvertrage das Treppenhaus zu beleuchten oder für das Unterbleiben nächtlichen Klavierspiels zu sorgen, oder hat bei einem in Lieferungen zu erfüllenden Kaufvertrage der Verkäufer ungeachtet der Mahnungen des Käufers mehrfach den Lieferungstermin versäumt oder der Käufer trotz der Mahnungen des Verkäufers wiederholt die Abnahme verweigert (§ 433 BGB.), so ist gegenüber der drohenden weiteren Verletzung keine vorbeugende Klage gegeben[1]. Denn hier überall richtet sich der bedrohte Anspruch auf ein Tun.

Es ist zu bedauern, daß unsere Rechtsordnung nur zum Schutz der Ansprüche auf ein Unterlassen eine vorbeugende Klage kennt und nicht eine allgemeine vorbeugende Klage, die den Ansprüchen auf ein Tun wie denen auf ein Unterlassen ihren Schutz gewähren würde. Fände zum Schutz der Ansprüche auf ein Tun in gleicher Weise wie zum Schutz der Ansprüche auf ein Unterlassen eine vorbeugende Klage statt, so wäre dies von großem Vorteil und mit keinerlei Nach-

1) Darüber, daß die §§ 257/259 ZPO. keine vorbeugende Klage begründen, siehe oben S. 86/88.

Digitized by Google

teil verbunden. Der Berechtigte könnte, wo er die Unterlassung eines ihm gegenüber gebotenen Tuns zu befürchten hätte, einen wirksamen Druck darauf ausüben, daß das Tun erfolgte, und bliebe davor bewahrt, sich später mit einem vielleicht wertlosen Schadenersatzanspruch begnügen zu müssen. Der Verpflichtete aber dürfte sich nicht über Härte beschweren, denn seine Verurteilung wäre ja nur möglich, wenn ihm bereits eine Verletzung, bei Forderungsrechten sogar eine hartnäckige Verletzung, zur Last fiele, und eine Strafdrohung gegen ihn könnte nur für den Fall der schuldhaften Nichtbefolgung des Urteils ergehen.

Daß unsere Rechtsordnung die vorbeugende Klage nur in Gestalt der Unterlassungsklage kennt, ist bloßer Zufall. Es beruht darauf, daß man die vorbeugende Klage niemals im Ganzen ins Auge gefaßt, sie vielmehr planlos gewährt hat, wo man gerade an sie dachte. Das Recht auf eine einstweilige Verfügung verleiht den Ansprüchen auf ein Tun wie denen auf ein Unterlassen seinen vorläufigen Schutz. Hätte man weiter gedacht, so würde man auch den endgültigen Schutz der vorbeugenden Klage den Ansprüchen auf ein Tun wie denen auf ein Unterlassen gewährt haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch müßte im Anschluß an die Vorschriften über Notwehr und Selbsthilfe als § 231a folgende Bestimmung enthalten: „Hat jemand ein Recht verletzt und ist von ihm die weitere Verletzung zu befürchten, so kann der Berechtigte darauf klagen, daß er sich der weiteren Verletzung enthält. Bei Forderungsrechten findet die Klage nur statt, wenn der ersten Verletzung ungeachtet einer Abmahnung eine weitere gefolgt ist". Damit dieses Urteil in jedem Falle vollstreckbar wäre, müßte § 890 der Zivilprozeßordnung allgemeiner gefaßt sein, der erste Satz des ersten Absatzes hätte zu lauten: „Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, sich der künftigen Verletzung eines Rechts zu enthalten, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen".

Dieser Entwurf verfolgt nicht das Ziel, eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie der Zivilprozeßordnung herbeizuführen. Er soll nur zeigen, wohin man gelangen müßte, wollte man den guten Gedanken der Unterlassungsklage zu Ende denken. Unsere Aufgabe

Digitized by Google

besteht heute darin, uns in das Bürgerliche Gesetzbuch einzuleben, nicht an ihm herumzubessern. Nur im äußersten Notfall dürften wir uns zu einer Änderung entschließen. Die Einführung einer allgemeinen vorbeugenden Klage ist keine irgendwie dringende Aufgabe. Denn den bei weitem wichtigsten Teil der vorbeugenden Klage wird immer die Unterlassungsklage bilden, sie aber brauchen wir nicht erst zu fordern, sie ist uns im geltenden Recht, wenn wir es nur recht verstehen wollen, in jeder wünschenswerten Ausdehnung gegeben.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ERNST LANDSBERG

Received July 15, 1932



[redacted]


Digitized by Google